Letztwillige Zuwendungen durch Rechtsgeschäfte unter Lebenden

(§ 2301 und § 331 BGB)

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung des juristischen Doktorgrades

der

Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät

der

Philipps-Universität zu Marburg

vorgelegt von

Georg Dorow

Gerichtsassessor aus Naumburg (Saale)

1939

Druckerei wissenschaftlicher Werke Konrad Triltsch, Würzburg-Aumühle

Als Dissertation von der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät angenommen am 22. April 1939.

Berichterstatter: Professor Dr. Boehmer.
Mitberichterstatter: Professor Dr. Felgentraeger.

Tag der mündlichen Prüfung: 22. April 1939.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

MEINEN LIEBEN ELTERN

in

DANKBARKEIT GEWIDMET.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41547922_0037

Inhaltsübersicht.

Seite

Einleitung 1

1. Kapitel: Schenkungen von Todes wegen.

§ 2 Vorbemerkung 4
§ 3 Der Begriff der Schenkung von Todes wegen 4
§ 4 Geschichtliche Entwicklung 6
§ 5 Abgrenzung der Schenkung von Todes wegen von der Schenkung unter Lebenden 8
§ 6 Schenkungsvollzug 12
§ 7 Bedingter Vollzug 15
§ 8 Anhang: Mandatum post mortem 20

2. Kapitel: Verträge zugunsten Dritter.

§ 9 Das Problem 27
§ 10 Das Wesen des Vertrages zugunsten Dritter 29
§ 11 Geschichtliche Entwicklung 31
§ 12 Die Rechtsstellung des aus dem Vertrage zugunsten Dritter Verpflichteten 33
§ 13 Das Valutaverhältnis 34
§ 14 Die Form des Vertrages zugunsten Dritter 37
§ 15 Formerfordernisse des Valutaverhältnisses 37
§ 16 Übersicht über die „Umgehungs"tatbestände 38
§ 17 Das Valutaverhältnis in den Fällen des § 331 BGB 40
§ 18 Formerfordernisse des Valutaverhältnisses in den Fällen des § 331 BGB 44
§ 19 Die Rechtslage bei den „unmittelbaren Zuwendungen" 49
§ 20 Die Rechtslage bei den „mittelbaren Zuwendungen" 52
§ 21 Lebensversicherungsverträge 53
§ 22 Ergebnis 66

3. Kapitel: Rechtspolitische Betrachtung.

§ 23 Vorbemerkung 69
§ 24 Gefährdung der Nachlaßbeteiligten 69
§ 25 Gefährdung des Gesetzeszweckes 74

4. Kapitel: Zusammenfassung.

§ 1. Einleitung.

Nach § 1922 BGB geht mit dem Tode einer Person deren Vermögen kraft Gesetzes als Ganzes auf eine oder mehrere Personen (Erben) über. Dem Erblasser ist es jedoch gestattet, selbst den Erben zu bestimmen oder jemandem, ohne ihn als Erben einzusetzen, einen Vermögensvorteil zuzuwenden. Derartige Anordnungen kann er durch einseitige Verfügung von Todes wegen (Testament; letztwillige Verfügung) oder durch Vertrag (Erbvertrag) treffen[1]).

Oftmals wird jedoch versucht, gleiche Rechtswirkungen auch durch Abschluß eines Vertrages zugunsten Dritter (§§ 328, 331 BGB) zu erreichen. Dies geschieht vielfach nur deshalb, um Nachlaßinteressenten, sei es Erben oder Nachlaßgläubigern, den Zugriff auf das beim Tode des Erblassers vorhandene Vermögen ganz oder zum Teil zu verwehren. Der Begünstigte erwirbt dann zwar auch etwas vom Erblasser, nicht anders als ein Erbe oder Vermächtnisnehmer; trotzdem unterliegt er nicht den für jene geltenden erbrechtlichen Grundsätzen, weil er eben mangels einer Einsetzung durch Testament oder Erbvertrag nicht Erbe oder Vermächtnisnehmer im technischen Sinne ist.

Die Stellungnahme von Wissenschaft und Rechtsprechung zu diesen Rechtsgeschäften ist uneinheitlich.

Das Reichsgericht erkennt sie ausnahmslos an, wenngleich zum Teil mit starken Bedenken[2]). Obwohl es sich andererseits oftmals bemüht hat, Umgehungen der erbrechtlichen Formvorschriften zu verhindern[3]), vertritt es den Grundsatz, daß es niemandem verwehrt sei, rechtliche Anordnungen auf den Todesfall auch ohne Errichtung einer formgemäßen Verfügung von Todes wegen zu treffen[4]). Es billigt insoweit die Ansicht Ende-

[1]) Vgl. §§ 1937, 1939, 1941 BGB.
[2]) RG 88, 138; 80, 177; 106, 2.
[3]) Vgl. RG 83, 223; 98, 281.
[4]) Vgl. RG 88, 138; 106, 2.

manns[5]), wonach die Ordnung des Erbrechtes keine exklusive Geltung hat und die in ihr verordneten Rechtsfolgen auch auf anderem Wege erreicht werden können.

Seitens der Wissenschaft ist unter Hinweis auf die Gefahren, die die Zulassung formfreier erbrechtlicher Verfügungen mit sich bringt, wiederholt der Versuch gemacht worden, wenigstens bestimmte Gruppen der genannten Verträge als Gesetzesumgehungen zu brandmarken und für nichtig zu erklären[6]).

Eine Gesetzesumgehung setzt jedoch begrifflich ein formell gültiges Geschäft voraus[7]). Auch diejenigen, die die genannten Verträge für nichtig ansehen, geben also zu, daß sich durch Abschluß eines Vertrages zugunsten Dritter derselbe Erfolg herbeiführen ließe wie durch Errichtung eines Testamentes oder Erbvertrages, sofern die über die letzteren aufgestellten Vorschriften keine ausschließliche Regelung darstellten. Wenn aber eingeräumt wird, daß formell betrachtet das Gesetz dem Abschluß derartiger Verträge nicht entgegensteht, so ist es nicht verwunderlich, daß sich diese Auffassung bisher noch nicht hat durchsetzen können. Auch in Zukunft wird dies kaum gelingen, da sie sich immer wieder entgegenhalten lassen muß, daß die Ausnutzung eines vom Gesetzgeber (anscheinend) eröffneten Weges doch niemals unzulässig sein könne[8]) [9]).

Demgegenüber hat es sich die vorliegende Arbeit zum Ziel gesetzt, den Nachweis zu erbringen, daß in Wirklichkeit das geltende Recht nicht einmal dem Buchstaben nach Möglichkeiten

---

[5]) Endemann III, 1, § 30, IV b (S. 218).

[6]) Vgl. Boehmer, RG-Praxis, S. 312 ff., Einl. § 28, Erl. 13 ff.; Lehmann, Arch. f. bürgerl. Recht, Bd. 36, S. 81 ff.

[7]) Vgl. Walz, S. 52/53: Der Umgeher eines Gesetzes bedient sich solcher „Gestaltungsmöglichkeiten, die an sich rechtlich erlaubt sind". „Gesetzesumgehung ist ein Verhalten, das, ohne unmittelbar ein Gesetz zu verletzen, unter Verwendung an sich rechtlich zulässiger Gestaltungsmittel gegen den Zweck eines Gesetzes verstößt."

[8]) Vgl. z. B. RG 106, 2: „Von einer unzulässigen Umgehung kann nicht die Rede sein, wenn das Gesetz selbst durch die in keiner Weise eingeschränkte Vorschrift des § 331 ein zulässiges Mittel an die Hand gibt, die für letztwillige Verfügungen gegebenen Formvorschriften zu ersparen." Vgl. ferner Gieben, S. 68: „Wenn das Gesetz zwei Wege zur Erreichung desselben Zieles bietet, so steht es natürlich frei, den bequemeren Weg zu wählen." Vgl. auch Endemann, S. 218: Die Vorschrift des § 331 mag übereilt und verbesserungsbedürftig sein: wer sie ausnutzt, setzt sich niemals dem Vorwurfe einer Umgehung gesetzlicher Verbotsnormen aus.

[9]) Der Nichtigkeit stehen außerdem nicht nur gesetzestechnische, sondern vor allem wirtschaftliche Bedürfnisse entgegen. Näheres hierüber unten S. 66.

bietet, Verfügungen von Todes wegen in der Gestalt von Rechtsgeschäften unter Lebenden vorzunehmen. Es wird dargetan werden, daß die gegenteilige Auffassung deshalb rechtsirrig ist, weil sie Valuta- und Deckungsverhältnis nicht scharf genug trennt und allein darauf die so vielfach angegriffenen unerwünschten Ergebnisse beruhen. Bei Vermeidung dieses Fehlers hingegen wird es sich zeigen, daß die dem § 331 BGB unterfallenden Rechtsgeschäfte zwar regelmäßig gültig, gleichwohl aber niemals die erbrechtlichen Verfügungsformen zu ersetzen imstande sind.

1. Kapitel.

Schenkungen von Todes wegen.

§ 2. Vorbemerkung.

Das typische Rechtsgeschäft für unentgeltliche Zuwendungen stellt die Schenkung dar. Wenn daher jemand einem anderen eine letztwillige Zuwendung ohne Einhaltung der erbrechtlichen Formvorschriften zukommen lassen will, so liegt es nahe, daß er sich ihrer Form zu bedienen sucht. Damit hat der Gesetzgeber von vornherein gerechnet und im § 2301 BGB eine Bestimmung über die Schenkung von Todes wegen getroffen. Diese Vorschrift verdient insofern besondere Beachtung, als in ihr gesagt wird, wann eine unentgeltliche Zuwendung im Hinblick auf den Todesfall noch in der Form eines Rechtsgeschäftes unter Lebenden gültig vorgenommen werden kann, und wann schon die erbrechtlichen Verfügungsformen einzuhalten sind[1]). Dies ist aber ein allgemeines Problem, unter das auch die Verträge zugunsten Dritter nach § 331 BGB fallen. Bei ihnen handelt es sich insofern lediglich um die Frage, in welchem Verhältnis sie zu der Vorschrift des § 2301 BGB stehen. Demgemäß wird zunächst die als Verfügung von Todes wegen charakterisierte Schenkung einer näheren Betrachtung unterzogen.

§ 3. Der Begriff der Schenkung von Todes wegen.

Schenkungen von Todes wegen sind Schenkungen, die unter der Bedingung vorgenommen werden, daß der Beschenkte den Schenker überlebt. § 2301 BGB unterstellt sie teils den Vorschriften über Verfügungen von Todes wegen, teils den allgemeinen

[1]) In ihr liegt, wie Boehmer (Einl. § 27, Erl. 1) den § 2301 treffend kennzeichnet, „der gesetzliche Schlüssel für unser heutiges Deutsches Recht“ bezüglich der Abgrenzung der Zuwendungen unter Lebenden von den Verfügungen von Todeswegen.

Vorschriften über Schenkungen, je nachdem ob der Erblasser zu Lebzeiten nur ein Schenkungsversprechen abgegeben oder die Schenkung durch Leistung des zugewendeten Gegenstandes vollzogen hat.

Das durch den Tod des Schenkers und das Überleben des Bedachten bedingte Schenkungsversprechen soll zu Lebzeiten des Versprechenden noch keinerlei dinglich wirkende Rechtsveränderungen hervorrufen. Der Versprechende will und braucht es selbst niemals zu erfüllen. Es läßt Rechte und Pflichten erst mit dem Erbfall entstehen. Dies ist aber das Kennzeichen der Verfügungen von Todes wegen. Es ist daher verständlich, daß solche Versprechen nur dann gültig sein sollen, wenn sie in einer der für Verfügungen von Todes wegen vorgeschriebenen Formen abgegeben sind. (§ 2301 Abs. 1 BGB)[2]. Sie müssen also in einem Testament oder Erbvertrag niedergelegt werden. Gerichtliche oder notarische Beurkundung gemäß § 518 BGB genügt nicht[3].

Bezieht sich das Schenkungsversprechen auf das ganze gegenwärtige und künftige Vermögen des Schenkers oder auf einen Bruchteil desselben, so ist es als Erbeinsetzung zu behandeln. Regelmäßig wird es jedoch nur einzelne Gegenstände betreffen. Dann hat es die Bedeutung eines Vermächtnisses[4].

Hat der Erblasser noch zu Lebzeiten den versprochenen Gegenstand geleistet, so ist bereits eine Verminderung seines gegenwärtigen Vermögens eingetreten. Der Sachverhalt unterscheidet sich insofern nicht von den Rechtsgeschäften unter Lebenden. § 2301 Abs. 2 BGB bestimmt demgemäß: „Vollzieht der Schenker die Schenkung durch Leistung des zugewendeten Gegenstandes, so finden die Vorschriften über Schenkungen unter Lebenden Anwendung". Da aber nach § 518 Abs. 2 BGB mit dem Vollzug jeglicher Formmangel geheilt wird, ist es sogar völlig gleichgültig, ob überhaupt ein Schenkungsversprechen vorausgegangen ist oder nicht[5].

Wann indessen noch ein Versprechen und nicht schon eine vollzogene Schenkung vorliegt, ist im Einzelfalle oftmals nur sehr

---

[2]) Vgl. Boehmer, RG-Praxis, S. 293/94; ferner Siebert, S. 157: „Es liegt darin nur die ausdrückliche Bestätigung einer ohnehin anzuerkennenden Rechtsfolge."

[3]) Vgl. RGRK § 2301, Erl. 1.

[4]) Vgl. Planck, § 2301, Erl. 2; Hellwig, S. 594 ff.; Strohal I, § 45, Anm. 73; Ebbecke, Recht 1916, S. 338; Siebert, S. 157.

[5]) Vgl. RG WarnR 1913, Nr. 249; Planck, § 2301, Erl. 4; Soergel, § 2301, Erl. 2; Boehmer, RG-Praxis, S. 299.

schwer feststellbar. In den §§ 5—7 werden die Grenzfälle und der Begriff des Vollzuges noch einer besonderen Betrachtung unterzogen werden.

§ 4. Geschichtliche Entwicklung [6]).

Im Römischen Recht war die Schenkung von Todes wegen als besonderes Rechtsinstitut entwickelt worden. Ihr Wesen wurde dahin gekennzeichnet [7]): „Mortis causa donatio est cum quis magis habere se vult, quam eum cui donat magisque eum cui donat, quam heredem suum". Die mortis causa donatio hatte drei verschiedene Formen, je nachdem ob sie durch den Tod schlechthin oder durch eine bestimmte gegenwärtige Todesgefahr bedingt war und ob außerdem der Widerruf ausdrücklich ausgeschlossen sein sollte oder nicht. Wegen ihrer starken Ähnlichkeit mit dem Vermächtnis waren zahlreiche Vermächtnisvorschriften auf sie anwendbar. Sie unterlag dem Abzuge auf Grund der lex Falcidia, nicht dagegen den Schenkungsverboten, und bedurfte auch nicht der Insinuation [8]).

Im Gemeinen Recht entwickelte sich die mortis causa donatio zu einem Mittelding zwischen Schenkungen unter Lebenden, Legaten und Vermächtnisverträgen. Von den sonstigen Schenkungen unterschied sie sich dadurch, daß die Handschenkung oder die Begründung eines Forderungsrechtes auf Erfüllung des Schenkungsversprechens durch das Überleben des Beschenkten bedingt war. Im Gegensatz zum Legat und Vermächtnisvertrag, die für den Bedachten nur eine Anwartschaft auf den künftigen Erwerb der Legatsforderung begründeten, gewährte die Schenkung dem Bedachten ein vom Schicksale des Nachlasses unabhängiges Recht und die Verpflichtungen aus der Schenkung gingen auf die Erben über [9]).

Die Kodifikationen der Neuzeit sehen im allgemeinen davon ab, die Schenkung von Todes wegen als besonderes Rechtsinstitut auszugestalten.

---

[6]) Vgl. hierzu auch Heck, Arch. f. bürgerl. Recht, Bd. 4, S. 26—32; Ortloff, ebda, Bd. 21, S. 338—366.

[7]) D. 39. 6. 1.

[8]) Einzelheiten vgl. auch bei von Savigny 4, §§ 170—174; Dernburg, Pandekten 3, § 117.

[9]) Vgl. Hellwig, S. 592/93.

Das Bayerische Landrecht stellt sie in den §§ 2, 3, III 8 schlechthin einem testamentarischen Vermächtnis gleich.

Das Allgemeine Landrecht gibt in den §§ 1134, 1135 I 11 lediglich Auslegungsregeln: Behält sich der Schenker nicht ausdrücklich den Widerruf vor[10]), so soll die Schenkung als unbedingte gelten. Im Falle eines ausdrücklich erklärten Widerrufsvorbehaltes dagegen soll sie als testamentarisches Vermächtnis behandelt werden.

Eine Zweiteilung nimmt auch das österreichische ABGB im § 956 vor. Bemerkenswert ist dabei zunächst, daß es für den Begriff der Schenkung auf den Todesfall genügt, wenn die Erfüllung der Schenkung erst nach dem Tode des Schenkenden erfolgen soll. Nicht die Bedingung des Überlebens des Beschenkten ist also das entscheidende Begriffsmerkmal, sondern die hinausgeschobene (betagte) Erfüllung. Von diesen Schenkungen werden nur diejenigen als Schenkungen unter Lebenden behandelt, bei denen außer der Willenseinigung der Parteien auch ein Widerrufsverzicht des Schenkers in notarischer Form erklärt worden ist. Wenn diese Voraussetzung nicht erfüllt ist, steht sie einem Vermächtnisse gleich, sofern der Schenker wenigstens die dafür vorgeschriebene Form eingehalten hat[11]).

Von entscheidender Bedeutung ist der Widerrufsverzicht auch im französischen Recht. Nach art. 893 C. c. können unentgeltliche Verfügungen nur durch Schenkung unter Lebenden oder durch Testament erfolgen. In der Praxis wird dabei als Schenkung unter Lebenden auch eine Schenkung angesehen, die durch den Tod des Schenkers und das Überleben des Beschenkten bedingt ist, sofern der Schenker auf den Widerruf verzichtet hat[12]). Überhaupt keine Anwendung findet die Regel des art. 893 auf Schenkungen, die in einem Ehevertrage festgelegt werden[13]).

Das BGB für das Königreich Sachsen unterscheidet zwischen einem einseitigen Schenkungsversprechen, für das die Vorschriften über letztwillige Verfügungen gelten, und einem vom Beschenkten angenommenen Schenkungsversprechen, das den Vorschriften über den Erbvertrag untersteht (§§ 2500, 2501). Die für Schenkungen unter Lebenden aufgestellte Beschränkung hin-

[10]) Über die Bedeutung der Widerruflichkeit in anderen Rechtsordnungen vgl. auch die allgemeine rechtsvergleichende Betrachtung von Boehmer, Einl. § 27, Erl. 5 ff.

[11]) Vgl. Klang, S. 653 ff.; Boehmer, Einl. § 27, Erl. 6; Siebert, S. 158.

[12]) Vgl. Heinsheimer, Erl. z. Art. 894.

[13]) Art. 947, 1082 ff. Vgl. dazu Heinsheimer, Erl. z. Art. 893, 1081 ff.

sichtlich des Wertes des Schenkgegenstandes fällt dabei fort (§ 2502). Wird aber die Schenkung bereits zu Lebzeiten vollzogen, so gilt sie als Schenkung unter Lebenden (§ 2542).

Ihren Abschluß findet diese Entwicklung im BGB, wo es im § 2301 Abs. 1 heißt: „Auf ein Schenkungsversprechen, welches unter der Bedingung erteilt wird, daß der Beschenkte den Schenker überlebt, finden die Vorschriften über Verfügungen von Todes wegen Anwendung". Die Schenkung ist jedoch nach § 2301 Abs. 2 BGB als eine solche unter Lebenden zu behandeln, wenn der Erblasser die Schenkung durch Leistung des zugewendeten Gegenstandes vollzieht.

§ 5. Abgrenzung der Schenkung von Todes wegen von der Schenkung unter Lebenden.

Eine Schenkung von Todes wegen, d. h. eine Schenkung, die durch den Tod des Schenkers und das Überleben des Bedachten bedingt ist, liegt nicht notwendigerweise schon dann vor, wenn der zugewendete Gegenstand erst nach dem Todes des Schenkers in das Vermögen des Beschenkten übergegangen ist. Auch Schenkungen können wie jedes beliebige andere Rechtsgeschäft noch nach dem Tode des Schenkers zustande kommen. Ist der Tod nur zufällig zwischen Abgabe und Annahme des Schenkungsantrages eingetreten, so hat er auf die Natur des Rechtsgeschäftes keinen Einfluß. Es bleibt ein solches unter Lebenden, wenn es die Parteien so gewollt haben. Denn das rein äußere Merkmal des vorzeitigen Todes des Schenkers hat auf den rechtsgeschäftlichen Inhalt der von ihm abgegebenen Willenserklärung keinen Einfluß [14]). Solange nicht der Zuwendende die Wirksamkeit der Verfügung tatsächlich davon abhängig macht, daß er stirbt und vom Begünstigten überlebt wird, ist der Tatbestand einer Schenkung von Todeswegen nicht gegeben [15]).

Einfachstes Beispiel hierfür ist, daß jemand seinem Freunde durch die Post ein Buch als Geburtstagsgeschenk übersendet, aber sofort nach der Absendung stirbt. Nimmt hier der Freund das Geschenk an, so liegt eine Schenkung unter Lebenden vor, für deren Gültigkeit der zwischen Abgabe und Annahme des Schen-

[14]) Derartige Fälle finden ihre Regelung in den §§ 130 II und 153; 873 II, 875 II, 791, 794 BGB. Vgl. Boehmer, RG-Praxis, S. 290.
[15]) Vgl. Boehmer, RG-Praxis, S. 290, 294/95.

kungsantrages eingetretene Tod des Schenkers bedeutungslos ist (§§ 130 II, 153 BGB). Daran würde sich auch nichts ändern, wenn der Schenker selbst mit seinem alsbaldigen Ableben gerechnet und vorausgesehen hätte, daß der Antrag erst nach seinem Tode angenommen werden konnte. Entscheidend ist eben allein die Frage, ob er auch an die Zuwendung die rechtsgeschäftliche Bedingung knüpft, daß der Bedachte ihn, den Schenker, überlebe[16]).

Diese Voraussetzung ist oftmals gerade bei Handschenkungen dann nicht erfüllt, wenn der Schenker von seinem bevorstehenden Tode fest überzeugt war. Denn allein dem Umstande, daß sich der Erblasser bei der Schenkung von der Erwartung hat leiten lassen, daß er doch bald sterbe, kann nur die Bedeutung eines Beweggrundes beigemessen werden. Macht er die Wirksamkeit der Schenkung nicht gleichzeitig davon abhängig, daß er vom Beschenkten überlebt werde, so bleibt die Schenkung eine solche unter Lebenden und damit auch dann rechtsbeständig, wenn er erst später stirbt, als er geglaubt hatte oder vom Beschenkten nicht überlebt wird[17]).

Als typisches Beispiel hierfür kann — allerdings in Abweichung von der seitens des Reichsgerichts vorgenommenen Auslegung — der bekannte Bonifatiusvereinsfall[18]) gelten, dessen Tatbestand wiedergegeben sei:

„Während seiner letzten Krankheit erhielt der Pfarrer K. am 8. August 1910 den Besuch seines früheren Vikars, des Pfarrkuraten D. aus H. K., der bettlägerig war, erklärte dem D. sinngemäß: „Ich schenke meine Papiere dem Weihbischof Dr. K. zur Verwendung für den B.-Verein. Es ist Geld von der Kirche und soll auch wieder für die Kirche verwendet werden: Ich übergebe es Ihnen, damit Sie es dem Weihbischof gelegentlich übergeben; es mögen aber für 2000 M heilige Messen gelesen werden . . . Es ist das eine Schenkung unter Lebenden, es steht nichts im Wege; ich kann es Ihnen aber heute nicht geben. Wenn ich wohl genug bin, werde ich sie zusammenlegen; kommen Sie sobald als möglich.“ D. erwiderte, er würde es ihm gern besorgen, wenn er es wünsche, und würde bald wiederkommen, fragte auch noch, ob K. für seine Schwester gesorgt habe, worauf

---

[16]) Vgl. Boehmer, RG-Praxis, S. 295.

[17]) Vgl. Staud. § 2301, Erl. 2; Kuhlenbeck, Vorbem. vor § 2301; Boehmer, RG-Praxis, S. 294/95, 304; Einl. § 27, Erl. 9.

[18]) RG 83, 223 ff.

dieser antwortete, ja, er habe Hypotheken, und was im Hause sei, gehöre ihr. Am 11. August 1910 besuchte D. den K. abermals. Dieser verließ sein Bett, hieß den D. eine Kiste, in der die Wertpapiere lagen, öffnen und diese herausnehmen. Nachdem beide gemeinschaftlich die Papiere eingepackt hatten, nahm sie D. an sich. Während dieser Vorgänge äußerte K., die Papiere sollten dem B.-Verein gehören. D. erklärte, er würde es besorgen. Als letzterer die Papiere in der Hand hatte, sagte K.: von diesem Augenblick an habe er mit den Papieren nichts mehr zu tun, und sie gehörten nicht mehr ihm; es sei ihm ein Stein vom Herzen, er würde jetzt gern sterben, jetzt sei es in Ordnung. Auf D's Frage, wie es mit den Papieren sein werde, wenn K. wieder gesund würde, antwortete dieser, er werde nicht mehr gesund. D. überbrachte die Papiere nach H. und hat sie nach dem Tode K.'s am 25. August 1910 dem Weihbischof Dr. K. überreicht. Dabei sagte er, daß er von K. diese Papiere bringe für den B.-Verein Der Weihbischof erwiderte: „So, da hat der Pfarrer K. doch noch an den B.-Verein gedacht, es ist recht", und nahm die Papiere."

Danach hat der Pfarrer K. keinerlei Zweifel darüber gehabt, daß er in Kürze sterben werde. Wenn dem aber so war, dann erscheint die vom Reichsgericht getroffene Feststellung verfehlt, K. habe die Schenkung nur für den Fall seines Todes und das Überleben des Bedachten vorgenommen. Im Gegenteil wird man gerade aus dem Umstande, daß der Pfarrer an sein alsbaldiges Ableben unbeirrbar glaubte, entnehmen müssen, daß er eine solche Bedingung nicht erst zum Inhalt des Rechtsgeschäftes gemacht hat, weil dies eben seiner Meinung nach überflüssig sein mußte. So wie er den Lauf der Dinge voraussah, bestand gar keine Möglichkeit, daß er etwa die Krankheit überstehen oder der Bedachte ihn nicht überleben werde. Da er zudem die Papiere noch selbst aus der Hand gab, könnte höchstens eine auflösend bedingte Schenkung in Betracht kommen. Eine solche hätte aber nach Lage der Sache ohnehin einer unbedingten praktisch gleichgestanden: Mit einem Vorversterben des Beschenkten konnte nicht gerechnet werden, da es sich um eine juristische Person handelte. Im Falle der Wiedergenesung hätte also K. von der fraglichen Bedingung keinen Nutzen gehabt. Es besteht daher keine Veranlassung, entgegen seinen diesbezüglichen eigenen eindeutigen Erklärungen kein Rechtsgeschäft unter Lebenden, sondern eine Verfügung (Schenkung) von Todes wegen anzunehmen.

Schwierigkeiten bereitet mitunter die Abgrenzung der Schenkung von Todes wegen von den durch den Tod des Schenkers befristeten Zuwendungen. Unter einem „bedingten" Schenkungsversprechen ist im Hinblick auf § 158 BGB nur ein Rechtsgeschäft zu verstehen, „bei dem die Rechtswirkung des Versprechens, d. h. die Verpflichtung des Zuwendenden, den Bedachten durch eine Leistung aus seinem Vermögen zu bereichern (§§ 518, 516), in ihrer Entstehung von dem Eintritte der Bedingung, hier also sowohl von dem Tode des Zuwendenden wie von dem Überleben des Bedachten, abhängig sein soll"[19]). § 2301 Abs. 1 BGB kommt danach nicht zur Anwendung, wenn jemand lediglich verspricht, einem anderen für den Fall seines Todes etwas zuzuwenden. Denn hier ist nicht die Entstehung der Verpflichtung des Schenkers, sondern nur ihre Erfüllung auf den Zeitpunkt des Todes hinausgeschoben. Es entsteht schon zu Lebzeiten eine Verbindlichkeit, die auch durch das eventuelle Vorversterben des Berechtigten in keiner Weise beeinträchtigt wird; der Anspruch geht dann vielmehr auf die Erben über[20]).

Gerade die Vererblichkeit des Anspruchs wird man hierbei in den meisten Fällen als Kriterium für den Unterschied heranziehen können. Denn ein Schenkungsversprechen kann zwar wie jede andere Verbindlichkeit im Einzelfalle einmal höchstpersönlichen Charakter haben, wie z. B. das Alimentationsversprechen des geschiedenen Ehegatten bei kinderloser Ehe. Ein Wesensmerkmal der Schenkung ist es jedoch nicht, daß der Anspruch des Beschenkten stets höchstpersönlicher Natur ist[21]). Will daher bei einem Schenkungsversprechen auf den Todesfall jemand nur einer bestimmten Person, nicht aber gegebenenfalls auch deren Erben, einen Vorteil zukommen lassen, so dürfte dies gerade ein Anhaltspunkt dafür sein, daß tatsächlich ein durch das Überleben des Beschenkten entstehungsbedingtes Versprechen und nicht ein durch den Tod des Schenkers nur erfüllungsbedingtes vorliegt[22]).

---

[19]) Boehmer, RG-Praxis, S. 296.

[20]) Vgl. Strohal I, S. 378, Anm. 69; Meyer, S. 136/137; Boehmer, RG-Praxis, S. 296/97, Einl. § 27, Erl. 8; Siebert, S. 156; Rehbein, ZDN 1927, S. 10; Soergel, § 2301, Erl. 1; RGRK, § 2301, Erl. 1; Staud., § 2301, Erl. 2; Planck, § 2301, Erl. 1 a. E.; RG 53, 294 ff.; Recht 1917, Nr. 1254, 1911, Nr. 3666; Seuff. Arch. Bd. 27, S. 59 ff.; LZ 1922, S. 81; LZ 1915, Sp. 567; OLG 16, 50 ff.; RG Gruch. Bd. 50, S. 651 ff.; Recht 1908, Nr. 3633.

[21]) Vgl. Boehmer, RG-Praxis, S. 297; a. A. Endemann III, 1, § 87, II b, 1 (S. 660).

[22]) Vgl. Boehmer, a. a. O.

Dieses Versprechen untersteht dann der Vorschrift des § 2301 Abs. 1 BGB.

Zur Erläuterung sei hierzu das auch von Boehmer[23]) behandelte Beispiel von Endemann[24]) angeführt: Ein Onkel verspricht seiner Nichte für den Fall seines Todes eine Geldsumme als Aussteuer bei ihrer Verheiratung. Hier ist es denkbar, daß das Versprechen hinfällig werden soll, wenn die Nichte zwar noch bei Lebzeiten des Schenkers heiratet, aber dann noch vor ihm stirbt; im Zweifel wird auch der Wille des Onkels nicht dahin gegangen sein, gegebenenfalls den Erben die Geldsumme zuzuwenden. Der Anspruch ist somit durch den Tod des Schenkers und das Überleben des Bedachten entstehungsbedingt. Die Folge davon ist, daß das Versprechen zu seiner Gültigkeit der Einhaltung erbrechtlicher Formen bedarf.

§ 6. Schenkungsvollzug.

Wann eine Schenkung von Todes wegen im Sinne des § 2301 Abs. 2 BGB als noch bei Lebzeiten vollzogene anzusehen ist, ist in Wissenschaft und Rechtsprechung umstritten.

Nach Boehmer[25]) besagt § 2301 Abs. 2, eine Schenkung von Todes wegen unterliege dann nicht den erschwerten Formen einer Verfügung von Todes wegen, wenn der Erblasser bis zu seinem Tode das Zuwendungsgeschäft schon so weit ausgeführt hatte, „daß für den Bedachten, wenn auch kein Vollerwerb, so doch eine rechtlich gesicherte und vom Erblasser nicht wieder zerstörbare Erwerbsanwartschaft begründet worden ist“[26]). In diesem Falle gehöre, so argumentiert Boehmer[27]), „der für die Begründung des Rechtes maßgebende Tatbestand noch in den Lebensbereich des Erblassers und liege daher ein Rechtsgeschäft unter Lebenden vor, in dessen mehr oder weniger vollendete belastende Wirkungen die Erben des Zuwendenden als Gesamtnachfolger eintreten“. Im einzelnen sollen dabei hauptsächlich folgende vier Tatbestände in Betracht kommen[28]):

---

[23]) a. a. O.
[24]) III, 1, § 87 II a, 2 (S. 659).
[25]) RG-Praxis, S. 293.
[26]) So anscheinend auch Siebert, S. 156/57.
[27]) a. a. O., S. 296.
[28]) a. a. O., S. 299/300.

„a) Der Errichtungstatbestand der Zuwendung ist zwar noch unter Lebenden vollzogen, es fehlt aber noch eine Wirksamkeitsvoraussetzung, z. B. der Eintritt einer echten Bedingung oder einer sogenannten Rechtsbedingung, wie z. B. einer Genehmigung oder der Verselbständigung und damit Übereignungsfähigkeit eines wesentlichen Bestandteiles.

b) Der Errichtungstatbestand ist nur zum Teil vollendet, zum Teil noch ausstehend: so besonders die Fälle der §§ 130 II und 153: ferner der Fall, daß nach schon erfolgter dinglicher Einigung die Sachübergabe oder die Eintragung im Grundbuche noch fehlt.

c) Der Errichtungstatbestand des Hauptgeschäfts selbst hat noch garnicht begonnen, aber der Erblasser hat einen Dritten mit dessen Vornahme beauftragt, oder auch bevollmächtigt, oder ihm die Einwilligung zur Verfügung im eigenen Namen über einen zum Nachlaß gehörigen Gegenstand erteilt.

d) Der Erblasser hat mit einem Dritten einen Vertrag zugunsten des Bedachten abgeschlossen, kraft dessen dieser mit oder nach dem Tode unmittelbare oder mittelbare Zuwendungen aus dem Vermögen des Erblassers erhalten soll".

An dieser Ansicht ist so viel richtig, als die einzelnen geschilderten Fälle Tatbestände sind, in denen vom Erblasser eingeleitete Rechtsveränderungen durch rechtsgeschäftliche Handlungen der Erben nicht mehr aufgehalten werden können [29]). Dabei wird jedoch übersehen, daß der § 2301 gerade eine Sonderregelung für Schenkungen bringt, die sich als Verfügungen von Todes wegen darstellen. Diese Rechtsgeschäfte sollen eben ausnahmsweise nur dann gültig sein, wenn der Erblasser sie nicht nur eingeleitet hat, sondern wenn sie auch vor seinem Tode tatsächlich noch zur Vollendung gekommen sind. Ist bis zu diesem Zeitpunkte der Rechtsübergang noch nicht beendet, dann fällt das Recht, über das der Erblasser verfügen wollte, notwendigerweise in den Nachlaß. Dem Erblasser ist es, wie das Reichsgericht zutreffend ausführt, verwehrt, eine Verfügung hierüber durch formlose Handlungen „mit einer über seinen Tod hinausreichenden Rechtswirkung anordnen und in die Wege leiten zu können" [30]). Auch

---

[29]) Im Falle c) allerdings nur, wenn der Erblasser wirksam auf den Widerruf verzichtet hatte. Dies war aber im Falle RG 83, 223 ff. gerade nicht der Fall!

[30]) So RG 83, 227; vgl. ferner OLG 39, 228; Recht 1924, Nr. 169.

Boehmer hat sich inzwischen unter Widerlegung[31]) seiner ursprünglichen Ansicht der Meinung des Reichsgerichts angeschlossen, da sie allein dem Wortlaute und gesetzgeberischen Zweck des § 2301 BGB gerecht werde[32]).

Eine vollzogene Schenkung liegt hiernach nur dann vor, wenn bereits zu Lebzeiten des Schenkers eine dingliche Vermögensverschiebung eingetreten ist.

Welche Handlungen im einzelnen erforderlich sind, um den Rechtsübergang zu bewirken, bestimmt sich je nach der Art des verschenkten Gegenstandes verschieden. Bei Forderungen beispielsweise ist Abtretung (§§ 398 ff. BGB), bei beweglichen Sachen Einigung und Übergabe gemäß §§ 929 ff. BGB, bei Grundstücken Auflassung und Eintragung im Grundbuch (§ 873 BGB) erforderlich.

Oertmann[33]) nimmt an, daß durch Erteilung einer Vollmacht an den zu Beschenkenden die Schenkung „realiter" vollzogen sei, ebenso wie wenn eine Abtretung erfolgt wäre. Er irrt jedoch, da mit der Abtretung einer Forderung das zugewendete Recht sofort auf den Beschenkten übergeht, während bei Erteilung einer Vollmacht das Recht, zu dessen Erwerb sie erteilt wird, dem Schenker verbleibt[34]).

Eule[35]) will ebenfalls die Erteilung einer Vollmacht genügen lassen, allerdings nur sofern der Machtgeber auf den Widerruf verzichtet hat. In diesem Falle sei, so meint Eule, die die Schenkung de facto schon vollzogen. Zwar räumt er ein, daß die Vollmacht den Erblasser nicht daran hindert, selbst noch weiterhin über das fragliche Recht zu verfügen, doch meint er, dies sei bedeutungslos, da der Erblasser durch den Verzicht auf das Widerrufsrecht erkennen lasse, daß er von der ihm verbleibenden Verfügungsbefugnis keinen Gebrauch machen wolle.

Die Unhaltbarkeit dieser Begründung liegt auf der Hand; denn nicht auf die innere Absicht des Machtgebers kann es ankommen, sondern allein darauf, ob er sich des Rechtes tatsächlich schon begeben hat.

Vollziehung bedeutet „reale Wertbewegung"[36]). Der Erteilung

---

[31]) Einl. § 27, Erl. 3 ff.
[32]) a. a. O., Erl. 10.
[33]) BankArch. Bd. 13, S. 10.
[34]) Vgl. RGLZ 1919, S. 692; Soergel, § 2301, Erl. 2.
[35]) S. 68/69.
[36]) Spielmans, Recht 1924, S. 403.

einer Vollmacht kann hierbei nur die Bedeutung eines vorbereitenden Aktes zukommen [37]).

Die Vollziehung lediglich vorbereitende Handlungen stellen ferner die Fälle dar, in denen der Erblasser einen Boten oder gar Treuhänder mit der Übertragung des zugewendeten Gegenstandes betraut hat. Wird hier dem Bedachten der Schenkgegenstand erst nach dem Tode des Schenkers übermittelt, so hatte zu Lebzeiten eine „reale Wertbewegung" noch nicht stattgefunden und die Voraussetzungen des § 2301 Abs. 2 sind nicht erfüllt [38]). Mit Recht hat daher das Reichsgericht in der Entscheidung JW 1917 S. 924 die Abtretung des Anspruchs auf Herausgabe der vom Schenker bei einer Bank hinterlegten Aktien an einen Treuhänder, der sie dem Bedachten übermitteln sollte, nicht als vollzogene Schenkung angesehen, da der Bedachte zu Lebzeiten des Erblassers noch nichts erhielt.

§ 7. Bedingter Vollzug.

Steht somit fest, daß eine Schenkung von Todes wegen nur dann in der Form eines Rechtsgeschäftes unter Lebenden gültig sein kann, wenn bereits zu Lebzeiten des Erblassers der zugewendete Gegenstand in das Vermögen des Beschenkten übergegangen ist, so fragt es sich doch, ob sich diese Vermögensverschiebung auch von vornherein als eine endgültige darstellen muß, oder ob die Verfügung immerhin durch den Tod des Schenkers und das Überleben des Beschenkten bedingt werden kann.

Boehmer [39]) meint, im Hinblick auf die im § 2301 Abs. 1 BGB enthaltene Hauptregel, von der Abs. 2 nur eine Ausnahme normiere, könne man eine völlig bedingungslose Schenkung nicht verlangen. Auch die vollzogenen Schenkungen des Abs. 2 bleiben seiner Meinung nach Schenkungen des Abs. 1, d. h. solche auf den Todesfall, stehen also unter der allgemeinen Bedingung, „daß der Beschenkte nur dann in den endgültigen Genuß des Zugewendeten kommen soll, wenn er den Geber überlebt".

---

[37]) Vgl. RG LZ 1920, S. 698; JW 1904, S. 337, Nr. 3; OLG 39, S. 228; Soergel, § 518, Erl. 2, § 2301, Erl. 2; Staud., § 518 II; § 2301, Erl. 4; RGRK, § 2301, Erl. 4; Planck, § 2301, Erl. 4; Boehmer, Einl. § 27, Erl. 10.

[38]) Vgl. RG 83, 223 ff.; Recht 1924, Nr. 169; Boehmer, a. a. O.; RGRK, a. a. O.; Planck, a. a. O.; Staud., a. a. O.; Soergel, a. a. O.; Warneyer, § 2301, Erl. II.

[39]) Einleitung § 27, Erl. 14.

Allerdings will Boehmer[40]) die Grenze dieses durch das Überleben des Bedachten bedingten Schenkungsvollzuges möglichst eng ziehen. Es sollen daher nur Schenkungen gestattet sein, die unter auflösender Bedingung oder mit sonstiger Rückfalls- oder Rücktrittsklausel erfolgen. Diese seien aber auch unbedenklich zuzulassen, da bei ihnen schon zu Lebzeiten des Schenkers eine Vermögensverschiebung in der Weise stattfinde, daß sie nur bei seinem Tode wieder rückgängig gemacht werden könnte. Bei Schenkungen unter der aufschiebenden Bedingung des Überlebens des Bedachten hingegen erfolge zu Lebzeiten noch keine dingliche Rechtsveränderung; der Beschenkte erlange vielmehr nur eine Erwerbsanwartschaft des Inhalts, daß sich die dingliche Zuwendung mit dem Tode des Schenkers vollende. Aufschiebend bedingte Schenkungen können daher nach Ansicht Boehmers[41]) niemals als vollzogene Schenkungen behandelt werden[42]).

Die herrschende Meinung in Wissenschaft und Rechtsprechung erkennt auflösend wie aufschiebend bedingte Verfügungen in gleicher Weise an[43]). „Auch die vollzogene Schenkung von Todes wegen steht unter der Bedingung des Überlebens des Beschenkten“[44]).

Im Einzelfalle ist es jedoch oftmals unmöglich festzustellen, ob der Erblasser eine bestimmte Gestaltung der Dinge nur in Aussicht gestellt oder schon eine bedingte Verfügung vorgenommen hatte. Infolgedessen zeigt die Rechtsprechung das unerfreuliche

---

[40]) a. a. O., Erl. 15.

[41]) a. a. O., Erl. 16.

[42]) Daneben beruft sich Boehmer (a. a. O.) auf das Bedürfnis nach Rechtssicherheit. Unter Hinweis auf zahlreiche einander offensichtlich widersprechende reichsgerichtliche Entscheidungen legt er dar, daß der Versuch aussichtslos sei, „eine auch nur einigermaßen feste praktisch brauchbare Grenze zwischen einer „nur verheißenden Gestaltung der Dinge, d. h. einem bloßen Schenkversprechen, und einer Teilverwirklichung ihres „tatsächlichen Eintritts, d. h. einem aufschiebend bedingten Schenkungsvollzug, zu finden“. Es sei daher vorzuziehen, „der offensichtlichen Tendenz des § 2301, die Regelung der Vermögensverhältnisse auf den Todesfall den Verfügungen von Todes wegen vorzubehalten, dahin zu folgen, daß man aufschiebend bedingte Zuwendungsakte überhaupt nicht als Schenkungsvollziehungen ansieht“. Vgl. hierzu den folgenden Text.

[43]) Sofern es sich nicht um ein bedingungsfeindliches Geschäft handelt, wie die Übereignung von Grundstücken, § 925 BGB. Vgl. Planck, § 2301, Erl. 4.

[44]) So RGRK, § 2301, Erl. 5; vgl. ferner RG Warn. 1908, Nr. 33, 1921, Nr. 95 (S. 113/114) und die dort zitierten weiteren RG-Entscheidungen; Staud., § 2301, Erl. 2, 4; Ennecc. V, § 41, II, 1 (S. 143); Strohal, S. 380/81; Leonhard, § 2301, Erl. II, C; Planck, § 2301, Erl. 4; Warneyer, § 2301, Erl. II.

Bild einander widersprechender Beurteilungen sachlich gleichliegender Tatbestände [45]).

In der Erklärung eines Gläubigers gegenüber dem Wechselschuldner, „der Wechsel sei zerrissen", der Schuldner „brauche nur, solange er, der Gläubiger, lebe, die Zinsen zu zahlen, sonst sei er ihm nichts mehr schuldig", hat das Reichsgericht einen durch den Tod des Gläubigers bedingten Schulderlaß erblickt, also einen Schenkungsvollzug und kein Schenkungsversprechen [46]). Den auf einen Schuldschein gesetzten Vermerk: „Dieser Schein wird mit meinem Tode ungültig" sieht es dagegen nur als ein wegen Verstoßes gegen § 2301 nichtiges Erlaßversprechen an [47]). Ein bedingter Vollzug soll gleichfalls nicht in einer bei Lebzeiten erteilten Ermächtigung liegen, Wertpapiere, die der Erblasser einer Bank in Verwahrung gegeben hatte, nach seinem Tode abzuheben [48]). Eine auf den Todesfall gestellte Abtretung einer Forderung auf bestimmte bei einer Bank hinterlegte Wertpapiere hingegen wurde als gültig behandelt [49]). Als Schenkungsvollzug ist ferner die Schenkung eines Sparkassenguthabens einschließlich späterer Einlagen angesehen worden, obwohl die Auszahlung erst nach dem Tode des Schenkers erfolgen sollte [50]). Keine schenkweise Abtretung soll dagegen die Erklärung eines Erblassers enthalten, daß nach seinem Tode seine Enkelin ein Bankguthaben von 3000 M bekommen solle [51]).

An diesem unbefriedigenden Zustande wird sich indessen solange nichts ändern können, als es ganz auf die persönliche Auffassung des jeweils entscheidenden Richters darüber ankommt, wie die zumeist recht unklare Erklärung des Schenkers aufzufassen ist. Er wäre nur dann zu beseitigen, wenn nicht nur den aufschiebend bedingten Schenkungen, wie es Boehmer fordert, sondern auch den auflösend bedingten die Rechtswirksamkeit versagt würde. Ob jedoch diese Lösung angängig ist, läßt sich auf der Grundlage des geltenden Rechts nur unter Berücksichtigung des dem § 2301 zugrunde liegenden Zweckgedankens feststellen. Dies soll im folgenden versucht werden.

Nach den Motiven Bd. V S. 352 hat der Gesetzgeber die voll-

---

[45]) Vgl. zum Folgenden: Boehmer, RG-Praxis, S. 302/03, Einl. § 27, Erl. 16.
[46]) RG 53, 294.
[47]) Recht 1908, Nr. 1165.
[48]) JW 1904, S. 337, Nr. 3.
[49]) JW 1907, S. 329, Nr. 5.
[50]) WarnR 1915, Nr. 142; 1916, Nr. 74.
[51]) JW 1910, S. 938, Nr. 13.

zogenen Schenkungen auf den Todesfall den Vorschriften über Schenkungen unter Lebenden unterstellt, weil er meinte, in diesem Falle liege „eine Vergabung des Nachlasses nicht vor; der Schenker vermindere vielmehr sein Vermögen sofort und unmittelbar". Demgemäß sind das Reichsgericht[52]) und Boehmer[53]) durchaus mit Recht der Auffassung, daß § 2301 Umgehungen der erbrechtlichen Formvorschriften zu verhindern suche. Wenn aber dieser Grundgedanke richtig ist, so fragt es sich, ob sich die Anerkennung bedingter Schenkungen mit ihm vereinbaren läßt.

Aufschiebend gemeint ist eine Bedingung dann, wenn der Eintritt der gewollten Rechtswirkung von ihr abhängig gemacht wird[54]). Solange die Bedingung schwebt, bleibt es ungewiß, ob das Geschäft wirksam wird oder nicht. Dingliche Rechtsänderungen treten bis dahin noch nicht ein[55]). Hierzu kommt es erst mit dem Eintritt der Bedingung. Es erfolgt dann die gewollte Rechtswirkung, wie Eigentums- oder Forderungsübergang unmittelbar, jedoch ohne rückwirkende Kraft[56]). Da somit zu Lebzeiten des Erblassers bei einer unter aufschiebender Bedingung vorgenommenen Verfügung eine rechtliche Veränderung des zugewendeten Gegenstandes nicht eintritt, sondern erst mit dem Tode des Schenkers, ist Boehmer[57]) darin recht zu geben, daß derartige Fälle nicht als ein dem § 2301 Abs. 2 unterliegender Tatbestand angesehen werden können.

Bei einem unter auflösender Bedingung vorgenommenen Rechtsgeschäft wird die Wiederaufhebung der gewollten Rechtswirkung vom Eintritt der Bedingung abhängig gemacht. Die Rechtswirkung, wie Eigentumsübertragung, Abtretung einer Forderung oder dergl. tritt also zunächst ein. Das Geschäft ist, solange die Bedingung schwebt, voll gültig. Es bleibt nur ungewiß, ob es Bestand haben wird[58]). Während der Dauer dieses Schwebezustandes hat der Veräußerer die gleiche Rechtsstellung wie derjenige, zu dessen Gunsten eine aufschiebend bedingte Verfügung vorgenommen worden ist[59]). Die Bedingung für den Rückfall ist in den hier zu erörternden Fällen das Vorversterben des

[52]) Bd. 83, S. 227.
[53]) Einleitung § 27, Erl. 1, 10.
[54]) Vgl. Enneccerus I, § 181 III (S. 593).
[55]) Vgl. Planck, § 158, Erl. 2.
[56]) § 158 I BGB; Planck, a. a. O.
[57]) Vgl. oben S. 16.
[58]) Vgl. Enneccerus I, § 181 III (S. 593 ff.), § 187 I (S. 609).
[59]) Vgl. Planck, § 158, Erl. 3, § 160, Erl. 3; Staud., § 160, Erl. 3.

Bedachten. Beim Eintritt dieser Bedingung würde dem Erblasser das Recht von selbst wieder zufallen. Auf diese zu erwartende Rechtswirkung hat er zeitlebens eine rechtlich gesicherte Aussicht. Wird während des Schwebens der Bedingung das von der Bedingung abhängige Recht vom Beschenkten schuldhaft vereitelt oder beeinträchtigt, z. B. die zugewendete Sache vernichtet, beschädigt oder veräußert, so steht dem Schenker beim Tode des Beschenkten ein Entschädigungsanspruch zu (§ 160 I BGB). „Die Aussicht wird also wie ein Recht behandelt; ihre Verletzung ist Rechtsverletzung" [60]). Ist dem aber so, dann steht nichts im Wege, sie als echtes Vermögensrecht anzusehen [61]). Sie ist aufzufassen als eine (schwebende) Anwartschaft, d. h. ein Recht, beim Eintritt der Bedingung das Eigentum bezw. die Forderung ipso jure, also ohne besondere Erwerbshandlung [62]) wieder zu erwerben [63]).

Bei einer Verfügung unter auflösender Bedingung verbleiben somit dem Erblasser immer noch gewisse Rechte inbezug auf den hingegebenen Gegenstand. Sein Vermögen verringert sich zwar in ungleich stärkerem Maße als bei einer Verfügung unter aufschiebender Bedingung, aber doch auch wiederum nicht so vollständig wie bei einer bedingslosen Verfügung. Er behält stets ein Anwartschaftsrecht, das immerhin einen gewissen Vermögenswert verkörpert. Da es erst mit seinem Ableben erlischt, entzieht daher auch bei einer unter auflösender Bedingung vorgenommenen Handschenkung der Erblasser ihm bis zu seinem Tode gehörige Gegenstände dem Nachlaß. Daß dies in anderer Weise als durch Verfügung von Todes wegen geschehe, will aber der § 2301 verhindern. Weder aufschiebend noch auflösend bedingte Schenkungen von Todes wegen können demzufolge in Gestalt von Rechtsgeschäften unter Lebenden zugelassen werden.

In den Motiven Bd. V S. 352 heißt es allerdings: „Nicht ausgesprochen wird, daß eine derartige Schenkung als auflösend bedingte Schenkung zu gelten habe. Nachdem die aufschiebend bedingt vollzogene Schenkung unter Lebenden nicht von der für vollzogene Schenkungen gewährten Formfreiheit ausgenommen ist (§ 441, Motive zum Recht der Schuldverh. S. 294), besteht kein Anlaß die aufschiebend bedingt vollzogene Schenkung von Todes

---

[60]) Enneccerus I, § 184 II 2 (S. 603).

[61]) So Planck, § 158, Erl. 2; Enneccerus, a. a. O., S. 604; RG 69, 421 ff.; a. A. Oertmann, Rechtsbedingung, S. 125 ff.

[62]) Vgl. RG 66, 349.

[63]) So Enneccerus, a. a. O.; Leonhard, § 89, Anm. 3; RG JW 1910, S. 747.

wegen auszuschließen oder umzudeuten". Der Gesetzgeber ist danach offensichtlich der Meinung gewesen, aus § 2301 sei die Zulässigkeit bedingter Verfügungen ohne weiteres abzuleiten; er hat diese Auslegung auch gebilligt. Doch steht der bloße Wille des Gesetzgebers dem Gesetz nicht gleich. Die Ansicht des Gesetzgebers, bedingte Handschenkungen enthielten keine Nachlaßvergabung, ist zudem irrig. Die Zulassung des bedingten Vollzuges würde, wie soeben gezeigt wurde, dem vornehmlichen Zweck des § 2301 widersprechen. Da sie aus der Fassung jener Vorschrift auch nicht unzweideutig gefolgert werden kann, verdient die diesbezügliche Meinungsäußerung des Gesetzgebers keine Beachtung.

Der nicht zu unterschätzende Vorteil des gewonnenen Ergebnisses ist der, daß damit die Rechtssicherheit gewährleistet wird. Wenn in ein unentgeltliches Rechtsgeschäft die Bedingung aufgenommen worden ist, daß der Erklärungsempfänger vor dem Erklärenden sterbe, ist dies stets nichtig, sofern die Testaments- oder Erbvertragsform nicht gewahrt ist. Die oftmals recht zweifelhafte Feststellung, ob eine Schenkung nur in Aussicht gestellt oder schon — sei es aufschiebend, sei es auflösend — bedingt vollzogen war, wird gegenstandslos. Bedeutsam bleibt allein die Frage, ob bei einer bestimmten Schenkung der Erblasser das Überleben des Beschenkten zur Bedingung gemacht hat oder nicht.

§ 8. Anhang: Mandatum post mortem.

Es liegt nahe, daß ein Erblasser, der die erbrechtlichen Formen nicht einhalten will, versuchen wird, einem anderen eine letztwillige Zuwendung dadurch zukommen zu lassen, daß er jemandem den Auftrag und die Vollmacht erteilt, nach seinem, des Erblassers Tode einem anderen einen hinterlassenen Gegenstand zu schenken. Der Beauftragte soll dann nicht eine Schenkung von Todes wegen vermitteln, weil er eben den Schenkungsantrag überhaupt erst nach dem Tode des Auftraggebers abgeben soll. Die von ihm vorzunehmende Schenkung soll vielmehr nach ihrem rechtsgeschäftlichen Inhalt eine gewöhnliche unter Lebenden sein. Die Besonderheit des Falles ist nur die, daß sämtliche zu ihrem Zustandekommen erforderlichen rechtsgeschäftlichen Handlungen erst nach Eintritt des Erbfalles und ohne den Willen der Erben vorzunehmen sind.

Eine äußerst weitgehende Ansicht wird diesbezüglich von

Endemann vertreten. Seiner Meinung nach[64]) „ruht in der Rechtsmacht des Erblassers die Bestimmung nicht bloß, wer als Erbe berufen wird, sondern auch, welche Rechte sich noch im Nachlasse zur Verwertung vorfinden sollen . . . Da dem Erblasser nun die beliebige Verfügung über seine Vermögensrechte zusteht, so kann er diese Rechtsmacht nicht bloß durch sofortige Vollziehung der Veräußerung, sondern auch so ausüben, daß er die Zuwendung an den Dritten bis zu seinem Tode und sogar darüber hinaus rechtlich in der Schwebe hält. Es ist möglich und zulässig, daß der Erblasser bestimmte Vermögensrechte vom Erbgang und vom Nachlaß ausscheidet und sie damit seiner über den Tod hinaus wirkenden Verfügung vorbehält“[65]). Deshalb könne der Erblasser, so folgert Endemann[66]) weiter, es bewirken, „daß das freigebig zugewendete Recht dem Begünstigten anfällt, zwar erst mit dem Eintritt des Erbfalles, aber nicht aus dem Nachlasse, sondern als ein vom Nachlasse bereits unter Lebenden ausgeschiedenes Recht. Die hierbei selbstverständliche „Bedingung“ des Überlebens des Dritten stempelt diese Verfügung noch nicht zu einer erbrechtlichen; denn sie bezieht sich auf Rechte, die bei Eintritt des Erbfalles garnicht in den Nachlaß gelangten“.

Als der Erreichung dieses Zieles dienende Rechtsformen sieht Endemann den Vertrag zugunsten Dritter[67]) und die Vollmacht[68]) an. Es sei nämlich die Eigenart der postumen Vollmacht, meint Endemann[69]), daß sie „über den Tod hinaus fortbestehen und der Vertreter die Macht haben soll, aus dem Willen des Verstorbenen über Rechte zu verfügen, die dieser seiner eigenen Rechtsmacht vorbehalten und daher aus dem Nachlasse ausscheiden will“[70]).

---

[64]) III 1, § 30 III (S. 210 ff.).
[65]) S. 214; vgl. auch S. 210, 211, 222—223.
[66]) § 87 IV, S. 661.
[67]) S. 215 ff. Die Verträge zugunsten Dritter werden im 2. Kapitel noch ausführlich behandelt werden, so daß sich an dieser Stelle insoweit ein Eingehen auf die Ansicht Endemanns erübrigt.
[68]) S. 218 ff.
[69]) S. 219; vgl. auch S. 220.
[70]) Leonhard (Iherings Jahrb., Bd. 86, S. 13 ff., 27 ff.) stimmt mit Endemann insoweit überein, als auch er der Ansicht ist, daß der Bevollmächtigte den Erblasser, nicht aber die Erben vertrete. Auf dem gleichen Standpunkt steht ferner Verseck (S. 16 ff., 29, 49), wenn er meint, daß in den Fällen der §§ 130 II, 153 BGB der Erwerber den Gegenstand der Verfügung unmittelbar vom Erblasser erwerbe. Endlich wird die Ansicht Endemanns noch für richtig gehalten von Melsheimer (S. 44).

Boehmer[71]) wendet hiergegen mit Recht ein, daß sich mit den Mitteln unserer heutigen privatrechtlichen Rechtsformen ein solches Fortleben der Rechtspersönlichkeit des Erblassers nicht konstruieren läßt. Nach geltendem Recht kann niemand die Rechtslage ihm gehöriger Gegenstände in der Weise beeinflussen, daß sie seiner Verfügungsmacht über den Tod hinaus vorbehalten bleiben[72]). Die Rechtswirksamkeit der Rechtshandlung, die der Vertreter vornimmt, reicht nicht weiter als ein zu dieser Zeit von dem Vertretenen selbst erfolgender gleicher Akt wirksam ist. „Soll durch die Rechtshandlung des Vertreters über einen Gegenstand verfügt werden, so genügt es nicht, daß der Vertretene zur Zeit der Vollmachtserteilung verfügungsberechtigt war, er muß es auch zur Zeit der Rechtshandlung des Vertreters sein, wenn der Gegenstand erfaßt werden soll“[73]).

Nach § 1922 BGB geht aber jeder Gegenstand, über den der Erblasser zu Lebzeiten eine Verfügung erst eingeleitet hatte, der ihm also im Augenblick des Todes noch gehörte, kraft Gesetzes auf die Erben über. „Der rechtsgeschäftliche Akt, den der Erblasser noch begonnen und soweit fortgeführt hatte, daß er sich gegen die Erben „zwangsläufig“ fortsetzt, bleibt nicht etwa in dem Sinne Verfügung des Erblassers, daß dieser nach seinem Tode weiter als Subjekt des Verfügungsgeschäfts, als forthandelnder „Geist“ fungiert — denn dann würde er ja mit seiner „toten Hand“ als Nichtberechtigter über die Rechte der Erben verfügen (!) —, sondern diese selbst treten kraft der normenübertragenden Funktion der Gesamtnachfolge in die Rechtsposition des Erblassers in diesen Verfügungsgeschäften ein, sie sind jetzt auch Subjekte dieser Rechtshandlungen, sie verfügen über Gegenstände, die zu ihrem Vermögen gehören“[74]).

Dies ergibt sich nicht nur aus den §§ 130 II, 153 BGB, sondern vor allem auch aus der in § 185 Abs. 2 Satz 1 BGB getroffenen

[71]) RG-Praxis, S. 300/01, 309—310; Staud., § 1922, Erl. 218; Einl. § 27, Erl. 11; JW 38, 2635.

[72]) So auch Leonhard, a. a. O., S. 31.

[73]) Eccius, Gruchot, Bd. 47, S. 211.

[74]) Boehmer, RG-Praxis, S. 300/01. So auch Eccius, a. a. O., S. 212: Wenn der Vollmachtgeber stirbt, „so kann das, was in seiner Vertretung geschieht, ihn nicht mehr berühren, weil er selbst nicht mehr handeln kann. Die Möglichkeit einer wirksamen Vertretung ist weggefallen. Wer nicht mehr selbst handelnd in den Rechtsverkehr eingreifen kann, in dessen Vertretung kann auch ein anderer nicht handeln“. — Vgl. ferner Heldrich, Iherings Jahrb., Bd. 79, S. 315; Oertmann, BankArch., Bd. 13, S. 5; Fricke, S. 22; Kohlbach, S. 26 ff.; Eule, S. 74; RG 88, 345; KGJ 32, 198; 36, 166; 37, 231; OLG 10, S. 67, 24, S. 88.

Regelung. Danach wird eine Verfügung, die ein Nichtberechtigter über einen Gegenstand trifft u. a. dann wirksam, wenn entweder der Berechtigte sie genehmigt oder der Verfügende vom Berechtigten beerbt wird und dieser für die Nachlaßverbindlichkeiten unbeschränkt haftet. Der Erbe selbst wird somit vom Gesetzgeber als Verfügender angesehen, wenn er die Befugnis verloren hat, sein eigenes Vermögen vom Nachlaß zu trennen[75]. Da er aber im Gegensatz zum Erblasser Berechtigter ist, wird die Verfügung mit dem Erbfall ohne weiteres wirksam. Eine Genehmigung würde nur dann erforderlich sein, wenn die Verfügung weiter als fremde des Erblassers angesehen werden müßte[76].

Als der vom Bevollmächtigten zu Vertretende kommt hiernach nur der Erbe und nicht etwa der Erblasser in Betracht.

Nach Klärung dieser Vorfrage ist nunmehr zu prüfen, ob tatsächlich der Erblasser eine Vollmacht in der Weise erteilen kann, daß sie allein seine Erben belastet.

Nach Staudinger[77] folgt aus § 168 BGB in Verbindung mit § 672 BGB, daß eine mit einem Auftrage verbundene Vollmacht auch in der Art wirksam erteilt werden kann, daß sie erst nach dem Tode des Machtgebers zur Geltung kommen soll[78]. Auch Warneyer[79] meint, daß eine Vollmacht ebenso wie der ihr zu grunde liegende Auftrag von vornherein auf den Fall des Todes des Machtgebers beschränkt werden, also die Befugnis verleihen kann, nur für dessen Erben zu handeln. Die gleiche Ansicht vertreten von Tuhr[80], Melsheimer[81] und Oertmann[82]. Letzterer beruft sich dabei zur Begründung auf das Bedürfnis der Erben, alsbald nach Eintritt des Erbfalles über das Bankguthaben des Erblassers verfügen zu können.

Es fragt sich, ob diese Ansicht gebilligt werden kann.

Eule[83] folgert aus dem Wortlaut des § 672 BGB, daß schon zu Lebzeiten des Auftraggebers ein wirksames Auftragsverhältnis zwischen ihm und dem Beauftragten bestanden haben müsse; denn

---

[75] A. A. Verseck, S. 14 ff.; Leonhard, a. a. O., S. 28.
[76] Weitere Gegengründe vgl. bei Boehmer, JW 1938, S. 2635.
[77] § 168, Erl. 4.
[78] Vgl. aber auch unten Anm. 92.
[79] § 168, Erl. I.
[80] II 2, § 85, Anm. 157 (S. 401).
[81] S. 45/46.
[82] BankArch., Bd. 13, S. 6, 10; § 167, Erl. 3.
[83] S. 49.

„nicht erlöschen" könne nur, was bereits vorher bestanden habe[84]). Solle dagegen der Auftragsvertrag und damit die Vollmacht erst durch den Tod des Auftraggebers entstehungsbedingt sein, so sei dieser Fall durch die §§ 672, 168 BGB nicht gedeckt; es liege eine Kollision mit der Institution der letztwilligen Verfügung vor, ein solches Rechtsgeschäft sei daher nichtig[85]).

Eule[86]) nimmt jedoch an, daß zumeist schon vor dem Tode des Auftraggebers ein wirksames Auftragsverhältnis vorliege. Dem stehe es nicht entgegen, wenn sein Inhalt allein darauf gerichtet sei, ein Geschäft erst nach dem genannten Zeitpunkt zur Ausführung zu bringen.

Der von Eule gemachte Unterschied zwischen durch den Tod des Auftraggebers entstehungsbedingten und ausführungsbedingten Aufträgen erscheint jedoch verfehlt. Es ist praktisch so gut wie ausgeschlossen, im Einzelfalle diese Unterscheidung zu treffen, wenn sich der Auftrag und die Vollmacht darin erschöpfen — nur diese Fälle interessieren ja hier —, daß der Bevollmächtigte nach dem Tode des Machtgebers eine Verfügung vornehmen soll. Eine Entscheidung dieser Frage wird selten anders als willkürlich getroffen werden können. Es müssen daher noch andere Erwägungen angestellt werden.

Heldrich[87]) hält die Erteilung einer nur auf die Zeit nach dem Tode des Machtgebers beschränkten Vollmacht für unzulässig, weil er meint, daß ein derartiges Rechtsgeschäft einem Vertrage zu Lasten Dritter gleichkomme. Beides sei ein rechtsgeschäftlicher Eingriff in einen fremden Rechtskreis, der nur dann wirksam sei, wenn die Rechtsordnung ihn gestatte[88]). Einen Rechtssatz aber, der es dem Erblasser erlaube, Vollmacht zu erteilen zur Vertretung seiner Erben, gebe es nicht. Diese Begründung erscheint jedoch nicht stichhaltig. Eine derartige Vollmacht ist durchaus nicht ohne weiteres gleichbedeutend mit einer Belastung des Erben. Die Erteilung einer Vollmacht und eines Auftrages begründet noch keinerlei Verbindlichkeiten in dem Sinne,

[84]) So auch Fricke, S. 20; Kohlbach, S. 23, 56; Spielmans, Recht 1924, S. 403.

[85]) S. 50, 51, 52 ff.

[86]) S. 49.

[87]) Iherings Jahrb., Bd. 79, S. 324. Fricke, S. 21, stimmt dem zu.

[88]) Vgl. auch Endemann, III 1, S. 219: „Unser BGB kennt keinen Fall, in dem jemand die Rechtsmacht hätte, einen Vertreter für die Rechte anderer zu ernennen." So im Ergebnis auch Leonhard, Iherings Jahrb., Bd. 86, S. 29: „Auch ist es gar nicht zulässig, eine Vollmacht für einen anderen zu erteilen."

daß eine Pflicht entstünde, das Gebrauchmachen von ihr zu dulden[89]).

Bedeutungsvoller erscheint demgegenüber die Frage, ob etwa in der Vollmachtserteilung eine Verletzung der für die Einsetzung eines Testamentsvollstreckers aufgestellten Formvorschriften liegt. Es erübrigt sich dabei, in den alten Streit über die Rechtsstellung des Testamentsvollstreckers einzugreifen[90]). Auch wer die z. Zt. herrschende Ansicht teilt, daß der Testamentsvollstrecker weder Vertreter des Erblassers noch der Erben noch des Nachlasses sondern Amtsträger ist, wird im Hinblick auf die §§ 2208, 2218 BGB dem Reichsgericht darin recht geben müssen, „daß der Testamentsvollstrecker, wenn er auch Träger eines Amtes ist (§ 2202), doch seine Vertretungsmacht aus dem Testament als einem rechtsgeschäftlichen Akt herleitet und nach außen wie nach innen keine wesentlich andere Stellung als die eines Bevollmächtigten hat“[91]). Wenn dem aber so ist, geht es nicht an, daß der Erblasser jemandem eine Vollmacht erteilt, die nur zu Rechtshandlungen nach seinem Tode mit Wirkung für und gegen die Erben ermächtigt; andernfalls würde die Institution des Testamentsvollstreckers so gut wie illusorisch gemacht werden.

Gegen die Zulässigkeit der fraglichen Vollmacht spricht ferner, daß sie allein zur Herbeiführung der Zwecke letztwilliger Zuwendungen dienen soll. Dem Auftrag und der damit verbundenen Vollmacht muß daher auf jeden Fall die Gültigkeit versagt bleiben, unabhängig davon, ob der Tod des Machtgebers als Entstehungs- oder Ausführungsbedingung gemeint war[92]).

Bis jetzt wurde nur der Fall erörtert, daß der Erblasser jemanden sowohl bevollmächtigt als auch beauftragt hat, nach seinem Tode eine Schenkung vorzunehmen. Diese Verbindung von

---

[89]) Vgl. auch Boehmer, RG-Praxis, S. 310.

[90]) Vgl. darüber Planck V, Vorbem. 2 zum 6. Titel.

[91]) RG 130, 134.

[92]) So auch Hellwig, S. 364; Kohlbach, S. 57/58; Pauli, S. 27; Enneccerus I, § 173, Anm. 3 (S. 571). Nach der Entscheidung RG 114, 354, sieht auch das Reichsgericht die Vollmachtserteilung zumindest dann als formbedürftige Verfügung von Todes wegen an, wenn sie — wie hier — nicht der Erfüllung eines bereits vor Eintritt des Erbfalles gültig abgeschlossenen Rechtsgeschäfts dienen soll.

Auch Staudinger (§ 168, Erl. 4, Abs. 2) scheint wenigstens für die hier interessierenden Fälle seine oben S. 23 dargestellte Ansicht einschränken zu wollen. Danach hält er es für unzulässig, daß „A unter Umgehung der für Vermächtnisse vorgeschriebenen Form letztwilliger Verfügungen den B beauftragen und bevollmächtigen könne, nach dem Tode des A dem C einen Nachlaßgegenstand zu schenken“.

Auftrag und Vollmacht bildet auch die Regel. Begrifflich setzt jedoch eine Vollmacht keinen Auftrag voraus; beide sind voneinander unabhängige Rechtseinrichtungen[93]) irgendein Rechtsverhältnis braucht der Vollmacht überhaupt nicht zugrunde zu liegen. Dies geht schon unmittelbar aus § 167 BGB hervor, wonach die Bevollmächtigung auch gegenüber einem Dritten erklärt werden kann.

Eine ohne Rücksicht auf ein zwischen Machtgeber und Bevollmächtigten bestehendes Rechtsverhältnis erteilte Vollmacht wird von Heldrich[94]) als „isolierte Vollmacht" bezeichnet.

Ein Eingehen auf ihre rechtlichen Besonderheiten gegenüber der verbundenen Vollmacht erübrigt sich jedoch[95]), da für die Zulässigkeit der isolierten Vollmacht auch keine anderen Erwägungen maßgebend sein können als für die verbundene. Sie ist also zum mindesten deshalb genau wie jene nichtig. Insbesondere kann es auch hier nicht darauf ankommen, ob bereits zu Lebzeiten des Machtgebers ein wirksames Vollmachtsverhältnis bestand oder nicht, sofern der Bevollmächtigte allein zur Bewirkung unentgeltlicher Zuwendungen nach Eintritt des Erbfalles ermächtigt wird.

A. A. Termeer, S. 51/52; Oertmann, BankArch., Bd. 13, S. 10.

Entgegen der Ansicht Oertmanns (a. a. O., S. 6) kann auch ein Bedürfnis für die Zulassung der fraglichen Vollmachten nicht anerkannt werden. Um den Erben die Möglichkeit zu geben, alsbald nach Eintritt des Erbfalles über das Bankguthaben des Erblassers zu verfügen, genügt, wie unten im 2. Kapitel noch gezeigt werden wird, der Abschluß eines Vertrages zugunsten Dritter. Vgl. hierzu auch Heldrich, a. a. O., S. 342 ff.

[93]) Vgl. Laband, ZHR Bd. 10, S. 204; Planck, § 167, Erl. 3; Enneccerus I, § 171 II 5 und die dort Anm. 14 Angeführten.

[94]) Iherings Jahrb., Bd. 79, S. 323.

[95]) Vgl. hierzu Eule, S. 25 ff.; Heldrich, a. a. O., S. 223 ff.

2. Kapitel.

Verträge zugunsten Dritter.

§ 9. Das Problem.

Im vorhergehenden Kapitel ist dargelegt worden, daß man in Wissenschaft und Rechtsprechung mit Recht Schenkungen von Todes wegen nur dann als gültig ansieht, wenn der zugewendete Gegenstand noch zu Lebzeiten des Erblassers in das Vermögen des Beschenkten übergegangen ist. Diesem Erfordernis ist insbesondere dann nicht genügt, wenn eine Mittelsperson (Bote oder Stellvertreter) den zugewendeten Gegenstand erst nach dem Tode des Erblassers auf den Bedachten übertragen hat. Als recht formalistisch und widerspruchsvoll muß es demgegenüber erscheinen, in solchen Tatbeständen, die eine erst nach dem Tode des Erblassers vollzogene Schenkung von Todes wegen darstellen, trotzdem wirksame Zuwendungen erblicken zu wollen, wenn die Vereinbarungen zwischen dem Erblasser und der Mittelsperson zufällig den Voraussetzungen eines Vertrages zugunsten Dritter entsprechen. Die folgenden zwei Reichsgerichtsentscheidungen mögen hierfür als praktische Beispiele dienen:

1. [1]) Ein Erblasser stand mit einer Bank in Geschäftsverbindung und unterhielt bei ihr ein Guthaben. Eines Tages ersuchte er sie in einem — nicht der Testamentsform entsprechenden — Schreiben, seiner Nichte 5000 M gutzuschreiben und ihn für diesen Betrag zu belasten; er verlangte die Verzinsung des Betrages mit 4% und bestimmte, daß der Betrag seiner Nichte bezw. deren Erben nach seinem Tode ausbezahlt, und daß die Abrechnungen über das Konto ihm zugestellt werden sollten. Die Bank nahm den Antrag an und führte ihn wunschgemäß aus.

Das Reichsgericht lehnt es ab, in diesem Tatbestand eine Schenkung unter Lebenden zu erblicken, weil die Zuwendung

[1]) RG 88, 137.

seiner Meinung nach erst mit dem Tode des Bankkunden und im Falle des Überlebens der Nichte in Wirksamkeit treten sollte[2]). Trotzdem hat es die Klage des Testamentsvollstreckers auf Rückzahlung der 5000 M abgewiesen, weil es in dem zwischen dem Erblasser und der Bank getroffenen Abkommen ein Versprechen der Leistung an einen Dritten im Sinne der §§ 328 ff BGB erblickt, durch das sich die Bank dem Erblasser gegenüber verpflichtet habe, bei dessen Tode der Nichte oder deren Erben 5000 M nebst den aufgelaufenen Zinsen zu bezahlen. Nach dem Zwecke und den Umständen des Abkommens habe auch die Nichte mit dem Tode des Erblassers ein unmittelbares Recht erworben, die versprochene Leistung zu fordern. Allerdings habe nach den Feststellungen der Erblasser seiner Nichte, die er aus Versehen in seinem Testament übergangen hatte, „durch den Vertrag auf seinen Tod eine unentgeltliche Zuwendung machen wollen. Das bürgerliche Recht verbiete es aber nicht, eine solche Wirkung auf dem Wege des Versprechens im Sinne der §§ 328 flg. herbeizuführen“[3]).

2.[4]) Eine Erblasserin hatte bei einer Sparkasse mehrere Sparbeträge eingezahlt und dafür Sparbücher auf den Namen ihrer Geschwister ausstellen lassen. Jedes Buch enthielt einen von der Sparkasse auf Verlangen der Erblasserin eingetragenen Vermerk, wonach diese, solange sie lebe, berechtigt sein solle. Kapital und Zinsen ohne Zustimmung der „Bucheigentümer“ abzuheben oder über Kapital und Zinsen zu verfügen. Die Bücher übergab die Erblasserin später einem dieser „Bucheigentümer“.

Das Reichsgericht stellt hierzu fest, daß „ein dem Dritten gegenüber abgegebenes oder an diesen gerichtetes Schenkungsversprechen nicht vorliege“[5]). Trotzdem kommt es zu dem Ergebnis, daß die Rechtsgültigkeit des Abkommens nach § 331 BGB nicht in Frage gestellt werden könne[6]); denn die Verabredung zwischen der Erblasserin und der Sparkasse habe für die Ge-

---

[2]) a. a. O., S. 139. Diese Ansicht dürfte allerdings — was jedoch in diesem Zusammenhang bedeutungslos ist — irrig sein, da der Erblasser garnicht die Zuwendung von dem Überleben der Nichte abhängig gemacht hat, sondern gegebenenfalls deren Erben an ihre Stelle treten lassen wollte. Es lag somit eine durch den eigenen Tod nur befristete Schenkung unter Lebenden vor. — Vgl. auch unten S. 43.

[3]) A. a. O., S. 138.

[4]) RG 106, 1.

[5]) A. a. O., S. 3.

[6]) A. a. O., S. 2.

schwister ein unmittelbares Recht auf Auszahlung des Sparguthabens entstehen lassen [7]).

Das in beiden Beispielen zutage tretende Problem, von dem allein die Schlüssigkeit der jeweils erhobenen Klagen abhängt, betrifft die Frage, ob § 331 BGB, wie es zu sein scheint, tatsächlich eine Ausnahme von § 2301 BGB darstellt oder nicht. Es läßt sich auch noch dahin verallgemeinern, ob sich mit § 331 BGB die gleichen Erfolge erzielen lassen wie durch Anordnung eines Vermächtnisses oder Einsetzung eines Erben. Um zu diesem Problem Stellung nehmen zu können, bedarf es zunächst einer Erörterung des Wesens der Verträge zugunsten Dritter, insbesondere des Inhalts des § 331 BGB.

§ 10. Das Wesen des Vertrages zugunsten Dritter.

Ein Vertrag auf Leistung an einen Dritten liegt dann vor, wenn sich jemand vom Vertragsgegner versprechen läßt, daß die aus dem Vertrage geschuldete Leistung an einen Dritten erfolgen werde [8]). Solche Verträge, durch die eine Leistung an einen Dritten versprochen wird, kommen im täglichen Leben häufig vor. Ein Buchhändler VE [9]) kauft beispielsweise von einem Verlage V ein Buch, das ein Kunde T [9]) bei ihm bestellt hat, und läßt es dem Kunden direkt zuschicken. Übersendet V das Buch dem T, so werden durch diese eine Handlung zwei Leistungen bewirkt. V erfüllt seine Verpflichtung gegenüber VE und bewirkt gleichzeitig die Erfüllung der Schuld des VE gegenüber T. Beide Leistungen sind aber voneinander grundverschieden. Was V dem VE leistet, ist nicht das Buch, sondern dessen Befreiung von der Verbindlichkeit gegenüber T [10]). Infolgedessen hat bei der Annahme der Leistung T nicht die Stellung eines Empfangsbevollmächtigten des VE, sondern er nimmt ein eigenes Recht wahr [11]).

Vom Willen der Vertragsparteien hängt es ab, ob V nur dem

---

[7]) A. a. O., S. 1.

[8]) Vgl. Hellwig, S. 42.

[9]) Diese Buchstaben sind als Abkürzungen für Versprechender (V), Versprechensempfänger (VE) und Dritter (Tertius, T) gewählt.

[10]) Vgl. Leonhard, S. 348; Planck, Vorbem. I, 2.

[11]) Vgl. Leonhard II, 1, S. 348/49; Planck II, 1, Vorbem. IV, 1, z. 3. Titel; Staud. II, 1, Vorbem. II z. 3. Titel (S. 540); RGRK, § 328, Erl. 1; a. A. Hellwig, S. 93 ff.

VE gegenüber zur Leistung an T verpflichtet sein soll[12]), oder ob T selbst berechtigt wird[13]), die Leistung von V zu fordern. T erwirbt auf diese Weise gegebenenfalls ein Recht, ohne daß er es gewollt hat. Eine solche vertragliche Rechtsbegründung zugunsten eines beliebigen Dritten ist nach § 328 BGB zulässig. Der Dritte wird dabei aus dem Vertrage berechtigt allein deshalb, weil die Vertragsparteien es so wollen[14]). Eine Mitwirkung oder Annahme seinerseits ist weder erforderlich noch möglich. Er kann zum Anfall des Rechtes nichts beitragen. In sein Belieben ist es nur gestellt, das Recht auszuschlagen. Es gilt dann als nicht erworben (§ 335 BGB).

Bei einem solchen Schuldverhältnis sind folgende Beziehungen zu unterscheiden:

1. Beziehung zwischen V und VE;
2. „ „ V „ T;
3. „ „ VE „ T.

Die Beziehung zwischen V und VE wird gemeinhin als Deckungsverhältnis, diejenige zwischen VE und T mit Valutaverhältnis bezeichnet[15]).

In dem Ausbedingen der Leistung an einen Dritten erblickt Hellwig[16]) einen dem Hauptvertrag hinzugefügten Nebenvertrag[17]), „welcher einmal unter den Kontrahenten wirkt, insofern er der Verpflichtung des Schuldners einen besonderen Inhalt gibt und der anderseits als ein gemeinsamer Rechtsakt der beiden Kontrahenten die Wirkung haben kann, daß durch ihn dem Dritten ein Recht auf die Leistung verliehen wird"[18]).

Damit wird jedoch die Eigenart des Vertrages zugunsten Dritter verkannt. Der Vertrag auf Leistung an einen Dritten ist als eine Einheit anzusehen[19]). In der vertragsgemäß erfolgenden Leistung

[12]) Man spricht dann von unechten Verträgen z. Dr.: vgl. Enneccerus II, § 34, IV, 1 (S. 132).

[13]) Diesen Fall bezeichnet man als echten Vertrag z. Dr.: Enneccerus, a. a. O., Nr. 2.

[14]) Vgl. Enneccerus II, § 34, II (S. 131); Planck II, 1, Vorbem. IV zum 3. Titel; Staudinger, § 328, Erl. II; Oertmann II, 1, Vorbem. 1 zum 3. Titel; Leonhard II, 1, S. 349.

[15]) Vgl. Enneccerus II, § 35 V (S. 139); Heck, S. 144; Planck, a. a. O., I, 1, a) und b), und die dort Angeführten.

[16]) S. 47 ff., 256 ff.

[17]) So auch Kirschbaum, S. 7 ff., 18 ff.; Melsheimer, S. 46 ff. Ähnl. Stammler (Schuldverh. S. 172), der aber ein einseitiges Nebengeschäft annimmt.

[18]) S. 67/68.

[19]) Enneccerus II, § 34 II (S. 131/32); Planck, a. a. O., Vorbem. IV, 2; Leonhard II, I, S. 349/50.

an den Dritten liegt, wie schon erwähnt wurde, zugleich eine dem Gegenstande nach anders beschaffene Leistung an den Versprechensempfänger[20]). Die Verpflichtung zur Leistung an den Dritten wird daher schon unmittelbar im „Hauptvertrag" begründet. Im Einzelfalle kann es allerdings vorkommen, daß zunächst Leistung an den Vertragsgegner vereinbart worden war, aber nachträglich Leistung an einen Dritten verabredet wird. Dann stellt aber das spätere Sonderabkommen auch keinen „Nebenvertrag", sondern nichts anderes als einen Änderungsvertrag nach § 305 BGB dar[21]).

Dementsprechend enthält der Vertrag auch keine Abtretung. Der Versprechensempfänger ist nicht Rechtsvorgänger des Dritten. Der Dritte erwirbt vielmehr das Recht unmittelbar aus dem Versprechen als Erstberechtigter[22]).

Die Verträge zugunsten Dritter bilden, wie schon rein äußerlich aus ihrer Aufnahme in den allgemeinen Teil des Schuldrechts hervorgeht, keinen eigenen Vertragstyp[23]). Ihr Inhalt kann ebenso frei bestimmt werden wie der Inhalt der obligatorischen Verträge zu eigenen Gunsten[24]). Alle Vertragstypen des besonderen Teiles der Schuldverhältnisse, wie Kauf, Tausch, Schenkung, Miete, Leihe usw. können in der Gestalt eines Vertrages zugunsten Dritter vorkommen[25]).

§ 11. Geschichtliche Entwicklung[26]).

Obligatio est juris vinculum, quo necessitate adstringimur alicuius rei solvendae secundum nostrae civitatis jura. So definierte das Römische Recht das Wesen des Schuldverhältnisses.

[20]) Planck, a. a. O.

[21]) Vgl. Planck, a. a. O., Vorbem. IV, 2; Fricke, S. 6.

[22]) So Henle, S. 399; Oertmann, § 328, Erl. 2; Enneccerus II, § 34, II, 2 (S. 132); RG 51, 405; 61, 218; 71, 324; 80, 177; 88, 137; vgl. jedoch auch die kritische Betrachtung von Gierke, S. 25 ff. Vgl. auch unten S. 53 ff.

[23]) Planck, a. a. O., Vorbem. II; Fricke, S. 5; Kühlmorgen, S. 8: Sie bilden „nur eine Erscheinungsform, in die jeder beliebige Vertrag, der eine Leistung zum Gegenstande hat, gekleidet sein kann". A. A. Binder, Krit. V. Schr. 05, 358.

[24]) Cosack I, § 154 II (S. 387).

[25]) So Planck, a. a. O.; Fricke, S. 5; Kohlbach, S. 8. Staud., § 328, Erl. I, 2b: „Jede Leistung, die überhaupt Gegenstand eines Schuldverhältnisses sein kann, kann auch Gegenstand eines Vertrages zugunsten eines Dritten sein." A. A. Dniestrzański (S. 123, 284, 345 ff.), der nur Aufträge zugunsten Dritter anerkennen will; dagegen vgl. insbesondere Kipp, ZHR 57, 217/18.

[26]) Vgl. dazu Gareis, Die Verträge zugunsten Dritter.

Nicht die versprochene Leistung, sondern die persönliche Verbindung zwischen Gläubiger und Schuldner stand im Vordergrund der Betrachtung. Demgemäß konnten ursprünglich auch nur die Vertragspartner Rechte aus einem Vertrage erwerben[27]). Sofern sich ein Schuldner zur Leistung an einen Dritten verpflichtet hatte, konnte niemals dieser selbst, sondern stets nur der Gläubiger Erfüllung des Versprechens verlangen. Nemo alteri stipulari potest[28])! Erst allmählich wurde es in bestimmten Ausnahmefällen möglich, daß der Dritte unmittelbar ein klagbares Recht erwarb, aber auch dann zumeist nur in Form einer actio utilis[29]). Im Gemeinen Recht kamen unter dem Einfluß alter deutscher Rechtsgebräuche noch weitere Ausnahmen hinzu, insbesondere die bäuerlichen Gutsübernahme-, Lebensversicherungs- und Leibrentenverträge[30]).

Die Regel des alten römischen Rechts gilt zwar grundsätzlich heute noch im Code civil: Art. 1119. Praktisch ist jedoch an dessen Stelle die Ausnahme des Art. 1121 als allgemeine Regel getreten. Verträge zugunsten Dritter sind danach insoweit zulässig, als der Versprechensempfänger ein eigenes Interesse daran hat, daß der Vertragsgegner an den Dritten leistet. Der Dritte erlangt aber einen eigenen Anspruch gegen den Schuldner auf Leistung erst dann, wenn er das Versprechen angenommen hat. Solange das nicht geschehen ist, kann es der Versprechensempfänger einseitig widerrufen[31]).

Nach dem Bayerischen Landrecht[32]) kann ein Dritter aus einem zu seinen Gunsten abgeschlossenen Vertrage dann ein eigenes unmittelbares Recht erlangen, wenn der Vertrag ihm nützlich ist und er das ihm zugewendete Recht annimmt.

Ein von der Bewilligung des Versprechensempfängers abhängiger Beitritt des Dritten zum Vertrage war zwar auch nach dem ALR[33]) zum Erwerb eines selbständigen Rechtes des Dritten erforderlich. Gewohnheitsrechtlich wurde jedoch ein Klagerecht auch ohne Beitritt eingeräumt bei Lebensversicherungs-, Gutsüberlassungs- und Altenteilsverträgen[34]).

[27]) L. 11 D. 44, 7.
[28]) L. 38 § 17 D de V. O. (45, 1).
[29]) Vgl. Windscheid, Pandekt. II, § 316 (S. 297 ff.); Vangerow, § 608, (S. 287 ff.); Hellwig, S. 1 ff.
[30]) Vgl. Windscheid, a. a. O., Anm. 15.
[31]) Vgl. Heinsheimer, S. 337/38; Gareis, S. 176 ff.
[32]) IV. Teil, I. cap., § 13; vgl. Gareis, S. 150 ff.
[33]) §§ 74—77 I 5; vgl. Gareis, S. 165 ff.
[34]) RG 1, 190, 378 ff. Motive II, S. 266.

Das sächsische BGB schließt sich im wesentlichen, wenn auch mit verschiedenen Modifikationen, dem ALR an: §§ 853 — 856.

Nach dem österreichischen ABGB konnte ursprünglich aus einem lediglich zum Vorteil eines Dritten geschlossenen Vertrage weder der Versprechensempfänger noch der Dritte ein Recht auf Erfüllung des Versprechens erlangen. „Außer den vom Gesetz bestimmten Fällen kann Niemand für einen Anderen ein Versprechen annehmen", hieß es in § 881. Die Ausnahmefälle bezogen sich aber nur auf die Stellvertretung (§§ 1017, 1019)[35]). Seit der III. Teilnovelle von 1916 entspricht auch die Regelung im österreichischen Recht im wesentlichen derjenigen des deutschen BGB[36]). Ein am Vertrage unbeteiligter Dritter kann unmittelbar Rechte aus dem Vertrage erwerben, ohne daß es seines Beitritts bedarf. (§ 881 ABGB, § 328 BGB). Er erwirbt das Recht, ohne daß er überhaupt von der Vereinbarung Kenntnis zu nehmen braucht. Ist er damit nicht einverstanden, so muß er es dem Versprechenden gegenüber zurückweisen; es gilt dann als nicht erworben (§ 333 BGB, § 882 I ABGB).

§ 12. Die Rechtsstellung des aus dem Vertrage zugunsten Dritter Verpflichteten.

Der Versprechende wird dem Dritten gegenüber zur Leistung allein auf Grund des gegenüber dem Versprechensempfänger abgegebenen Versprechens verpflichtet. Entstehungsgrund für diese Verbindlichkeit bildet der zwischen Versprechensempfänger und Drittem abgeschlossene Vertrag. Eine Mitwirkung des Dritten ist nicht erforderlich. Diese Wirkung ergibt sich unmittelbar aus dem Gesetz. Sie bedarf daher keiner besonderen Konstruktion oder Erklärung[37]).

Es ist außerdem möglich und zulässig, daß der Versprechende mit der Abgabe des Versprechens allein dem Dritten gegenüber zur Leistung verpflichtet wird, sodaß er nur von diesem, aber nicht vom Versprechensempfänger zur Erfüllung angehalten werden kann. Im Zweifel darf allerdings der Versprechensempfänger Leistung an den Dritten auch dann fordern, wenn diesem das Recht auf die Leistung zusteht (§ 335 BGB).

---

[35]) Vgl. Gareis, S. 179.

[36]) Vgl. Klang, S. 220 ff.

[37]) Enneccerus II, § 34 II (S. 131); RGRK, § 328, Erl. 1; Planck II, 1, Vorbem. IV, 2; Leonhard II, 1, S. 349/50.

Auch in ersterem Falle aber bestimmt sich die Leistungspflicht des Versprechenden nur nach dem mit dem Versprechensempfänger abgeschlossenen Vertrage. Ist dieser nichtig, so entfällt auch die Verpflichtung gegenüber dem Dritten. Die Rechtsstellung des Versprechenden verschlechtert sich durch das selbständige Gläubigerrecht des Dritten nicht[38]). „Einwendungen aus dem Vertrage stehen dem Versprechenden auch gegenüber dem Dritten zu" (§ 334). Die Einwendungen des Versprechenden sind aber auch auf solche aus dem Vertrage beschränkt. Er kann darüber hinaus keine Rechte aus den Beziehungen zwischen dem Versprechensempfänger und dem Dritten herleiten. Dieses Verhältnis berührt die Verpflichtung des Versprechenden in keiner Weise[39]). Denn der Versprechende „soll ja im Rechtssinne gar nicht dem Dritten, sondern mittelbar dem Versprechensempfänger leisten, und soweit für d i e s e seine Leistung ein Rechtsgrund besteht, ist es für den Vertragsgegner ganz gleichgültig, ob der D r i t t e dadurch im Verhältnis zum Versprechensempfänger mit oder ohne Rechtsgrund erwirbt. Ist der Dritte dabei Schenknehmer des Versprechensempfängers, so leistet der Versprechende doch nicht ihm gegenüber ex causa donandi, sondern (mittelbar) dem Versprechensempfänger ex causa solvendi"[40]).

§ 13. Das Valutaverhältnis.

Während die Leistung des Versprechenden an den Dritten juristisch nur zum Zwecke der Leistung an den Versprechensempfänger erfolgt, stellt sie wirtschaftlich betrachtet eine eigene Leistung des Versprechensempfängers an den Dritten dar[41]). Der Versprechende spielt hierbei nur die Rolle eines Mittlers. Der Vertragsschluß erspart den Umweg, den sonst die Leistung durch das Vermögen des Versprechensempfängers in das Vermögen des Dritten machen müßte[42]). Es ist daher insoweit völlig gleichgültig, welche Gegenleistung der Versprechensempfänger dem Versprechenden erbringen muß, damit dieser sich auf das Versprechen einläßt. Mag der Versprechende dem Versprechens-

[38]) Oertmann II, 1, Vorbem. 2 c zum 3. Titel.
[39]) Leonhard II, 1, S. 364; vgl. ferner unten S. 36.
[40]) Oertmann, Mittelbare Zuwendungen, S. 57/58.
[41]) Planck, Vorbem. III 3 a (S. 413) zum 3. Titel.
[42]) Vgl. Planck, § 328, Erl. 1; Hellwig, S. 45; Oertmann II, 1, Vorbem. 2 b zum 3. Titel; Enneccerus II, § 34, I 1; Kohlbach, S. 10/11; Gieben, S. 10/11, 25.

empfänger Kaufgeld oder eine sonstige Gegenleistung oder ein Geschenk schulden, mag der Verwahrer die Verwahrung einer Sache und ihre spätere Auslieferung an einen Dritten entgeltlich oder unentgeltlich übernommen haben, stets wird dem Dritten nur das zugewendet, was der Versprechende zu leisten verspricht. Was dieser dafür vom Versprechensempfänger erhält, hat letzterer i h m, aber nicht dem Dritten zugewendet[43]).

Bedingt sich beispielsweise bei der Veräußerung eines Grundstückes der Verkäufer vom Käufer die Zahlung des Kaufpreises an einen Dritten aus, so wird dem Dritten der Kaufpreis, nicht aber das Grundstück zugewendet. Denn es kann keinen Unterschied bedeuten, ob sich der Versprechensempfänger ursprünglich selbst den Kaufpreis versprechen läßt, um ihn hinterher abzutreten, oder ob er von vornherein Zahlung an den Dritten ausbedingt. Nicht anders verhält es sich beim Verschenken eines Lotterieloses. Kauft der Versprechensempfänger beim Versprechenden das Los für 10 RM und läßt es von diesem unmittelbar dem Dritten übersenden, so schenkt er dem Dritten nicht 10 RM, sondern den in dem Lose verkörperten Wert[44]), von dem sich natürlich erst bei der Ziehung herausstellt, ob er höher oder geringer ist. — Schließt jemand einen Kaufvertrag über ein Buch zugunsten eines Dritten ab, um es ihm zu schenken, so schenkt er ihm das Buch, aber nicht den Kaufpreis. — Läßt jemand für einen anderen bei einem Maler ein Bild malen, so erhält der Dritte das Bild und nichts anderes. Dabei spielt es keine Rolle, ob der Maler das Bild umsonst malt oder sich teuer bezahlen läßt.

„Durch den Vertrag auf Leistung an den Dritten wird diesem das zugewendet, was nach dem regelmäßigen Vertragstyp dem Gegner zu leisten wäre, nicht das, was der Gegner dem Schuldner zu leisten und dieser zu behalten hat. Man kann dem Dritten als „Verkäufer" den Preis, nicht die Kaufsache, als Käufer die Kaufsache, nicht den Preis zuwenden"[45]).

Wenn aber der Versprechensempfänger durch Vermittlung des Versprechenden an den Dritten leistet, so verfolgt er damit wie bei jeder Leistung einen bestimmten Zweck. Der Zweck kann, wie bei jedem Rechtsgeschäft, sehr verschiedenartig sein, z. B. Schenkung oder Befreiung von einer Verbindlichkeit[46]); so ge-

[43]) Hellwig, S. 337.
[44]) Vgl. Jaeger, KO § 32, Anm. 24; v. Tuhr II, 2, S. 61/62.
[45]) Planck, § 328, Erl. 3 b.
[46]) Vgl. Hellwig, S. 340; Gieben, S. 28; Heck, S. 144.

schah im eingangs erwähnten Beispiel von dem Buchhändler, der durch den Verlag ein Buch an seinen Kunden senden läßt, die Leistung in Erfüllung der Verpflichtung aus dem zuvor mit dem Kunden abgeschlossenen Kaufvertrage.

Dieses Valutaverhältnis berührt indessen die Gültigkeit des Vertrages zwischen Versprechendem und Versprechensempfänger nicht[47]). Es liegt außerhalb des Vertrages zugunsten Dritter[48]). Auch bei Fehlen einer solchen Zweckvereinbarung wird der Dritte dem Versprechen gemäß berechtigt. Dem Versprechenden gegenüber hat seine Forderung bezw. die Leistung selbst ihren Rechtsgrund im Vertrage zugunsten Dritter[49]). Nur im Verhältnis zwischen dem Dritten und dem Versprechensempfänger ist das aus dem Versprechen erwachsene Recht ein „abstraktes". Insoweit erhält es seine materielle Grundlage erst durch eine besondere Zweckvereinbarung[50]). Sie muß also in jedem Falle noch außer dem zwischen Versprechensempfänger und Versprechendem abgeschlossenen Vertrage zustande kommen. Andernfalls entbehrt das Recht des Dritten bezw. das auf Grund des Rechtes Empfangene dem Versprechensempfänger gegenüber des rechtlichen Grundes und stellt eine ungerechtfertigte Bereicherung auf Kosten des Versprechensempfängers dar[51]).

Die Vereinbarung über den Zweck der Zuwendung kann vor oder nach Abschluß des Vertrages zugunsten Dritter erfolgen. Häufig wird jedoch gleich der Versprechende selbst dazu benutzt, um als Bote oder Stellvertreter des Versprechensempfängers dem Dritten die diesbezügliche Mitteilung zu machen. „In sehr vielen Fällen wird überhaupt kein Wort darüber verloren, da der Zweck sich aus den Umständen von selbst ergibt und das Eingehen des Dritten auf diesen Zweck durch die Annahme der Leistung gültig betätigt (§ 151 BGB) wird"[52]).

---

[47]) Vgl. Planck II, 1, Vorbem. I 1b, und die dort Angeführten; Kluckhohn, S. 110/11. Siehe auch oben, S. 34.

[48]) Vgl. Prot. I, S. 755; Kohlbach, S. 11/12; Gieben, S. 10, 11, 20; Melsheimer, S. 52/53.

[49]) Vgl. RG 88, 139; Gieben, S. 29; Enneccerus II, § 35, V, 1 (S. 139/40).

[50]) Vgl. Kluckhohn, a. a. O.; Hellwig, S. 333 ff., 342; Enneccerus II, § 35, V, 2; Kohlbach, S. 12; Gieben, S. 29.

[51]) Hellwig, S. 342, 343, 368; Enneccerus, a. a. O.; Kohlbach, S. 13; Gieben, S. 11, 29; RGRK, § 328, Erl. 1b (S. 569 oben); Planck II, 1, Vorbem. I, 2, III, 3a α; Oertmann, Vorbem. 2a zum 3. Titel, und § 331, Erl. 5; vgl. auch v. Tuhr II, 1, S. 619.

[52]) Hellwig, S. 343/44; vgl. auch Kühlmorgen, S. 114.

§ 14. Die Form des Vertrages zugunsten Dritter.

Da die Verträge zugunsten Dritter keine eigenen Vertragstypen darstellen[53]), hat das BGB keine Formvorschriften für sie aufgestellt. Es fragt sich daher, ob für das etwaige Erfordernis einer Form des Vertrages das Verhältnis unter den Vertragsschließenden als allein maßgebend anzusehen ist, oder ob auch das Verhältnis zu dem Dritten bezw. die materielle causa der Zuwendung an ihn in Betracht kommt. Die Beantwortung dieser Frage hat der Gesetzgeber der Rechtswissenschaft überlassen[54]).

Wie bereits mehrfach erwähnt[55]). sind Deckungs- und Valutaverhältnis voneinander unabhängig, insbesondere ist die Gültigkeit des zwischen Versprechendem und Versprechensempfänger abgeschlossenen Vertrages von dem Vorhandensein oder Nichtvorhandensein eines Valutaverhältnisses unabhängig. Wenn aber beide Beziehungen inhaltlich selbständig sind, dann müssen sie es auch hinsichtlich der äußeren Form sein. Die Form des Vertrages zugunsten Dritter kann sich daher nur nach dem Deckungsverhältnis, nicht aber auch nach dem Valutaverhältnis bestimmen[56]).

§ 15. Formerfordernisse des Valutaverhältnisses.

Das Schuldrecht wird vom Grundsatz der Formfreiheit beherrscht. Einhaltung besonderer Formen ist nur dort erforderlich, wo das Gesetz sie ausdrücklich vorschreibt. Im allgemeinen kann daher die Zweckbestimmung für die Leistung formlos erfolgen, so bei Kauf, Tausch, Leihe und dergl.

Verspricht der Versprechensempfänger dem Dritten zunächst nur, ihm einen Gegenstand zu schenken, so bedarf dieses Versprechen gemäß § 518 Abs. 1 BGB der gerichtlichen oder notarischen Beurkundung. Da aber nach § 518 Abs. 2 Erfüllung den Mangel der Form heilt, so würde mit der nachfolgenden Leistung

---

[53]) Siehe oben S. 31.
[54]) Motive II, S. 270.
[55]) Vgl. S. 34, 36.
[56]) Vgl. Staud. II, 1, § 328, Erl. I, 2 c; Oertmann II, 1, Vorbem. 4 zum 3. Titel, und § 331, Erl. 5; Planck II, 1, § 328, Erl. 7; Ennecc. II, § 35, v. 2; Hellwig, S. 66 ff.; Endemann III, 1, S. 217; Gieben, S. 18 ff.; Kohlbach, S. 13 ff.; Warn. § 328, Erl. I a. E.; RG 88, 139; 106, 2; 128, 189. A. A. Leonhard, § 178 (S. 364 ff.); vgl. dagegen Oertmann, Mittelbare Zuwendungen, S. 58 ff.

des Versprechenden auch ein formfreies Schenkungsversprechen eine gültige causa darstellen. Eine Einigung über den Schenkungszweck kann also insbesondere auch noch nach Abschluß des Vertrages zugunsten Dritter in formloser Weise zustande kommen. Es ist auch möglich, daß der Versprechensempfänger gleichzeitig mit Abschluß des Vertrages zugunsten Dritter dem Dritten einen Schenkungsantrag macht und zu dessen Übermittlung sich etwa des Versprechenden als Boten oder Stellvertreter bedient[57]). In diesem Falle kann die Schenkung sogar noch nach dem Tode des Versprechensempfängers dadurch wirksam vollzogen werden, daß der Dritte die Leistung des Versprechenden lediglich entgegennimmt; denn auf eine ausdrückliche Annahmeerklärung wird der Schenker, wenn er diesen Weg wählt, im Zweifel verzichtet haben (§ 151 BGB)[58]).

§ 16. Übersicht über die „Umgehungs"tatbestände

Die Rechtsgeschäfte, bei denen versucht wird, mit Hilfe des Vertrages zugunsten Dritter die Zwecke letztwilliger Zuwendungen zu erreichen, lassen sich in zwei große Gruppen einteilen, und zwar in unmittelbare und mittelbare Zuwendungen aus dem beim Tode des Erblassers vorhandenen Vermögen:

1. Unmittelbare Zuwendungen[59]).

Als Typ hierfür kann der Depot- oder Verwahrungsvertrag zugunsten Dritter angesehen werden. Der Erblasser übergibt beispielsweise Wertpapiere einer Bank zur Aufbewahrung und läßt sich von ihr versprechen, daß sie die Papiere nach seinem Tode an einen Dritten herausgeben werde[60]). Dieser Normalfall, von dem im Folgenden stets ausgegangen wird, kann aber auch in den verschiedensten Spielarten vorkommen. So wird der Erblasser der Bank u. U. die Papiere nicht bloß zur Verwahrung übergeben, sondern zur treuhänderischen Verwaltung übereignen.

Die Besonderheit dieser Fälle ist, daß der Erblasser durch den Abschluß des Vertrages und die Hingabe der zuzuwendenden Gegenstände noch keinen Vermögensverlust erleidet. Er bleibt Eigen-

[57]) Vgl. oben S. 36.

[58]) Vgl. RG 128, 187 ff.; Oertmann, § 331, Erl. 5; Hellwig, S. 349/50. Daß der Schenker in diesem Augenblick schon tot ist, macht nach § 130, Abs. 2, und § 153 BGB nichts aus; vgl. OLG 39, S. 237.

[59]) Vgl. dazu Boehmer, RG-Praxis, S. 313; Einl. § 29, Erl. 14.

[60]) Vgl. Seuff. Arch. Bd. 79, S. 155.

tümer, wenn auch nicht immer im Rechtssinne, so doch zumindest im wirtschaftlichen Sinne als Treugeber.

2. Mittelbare Zuwendungen.

Sie unterscheiden sich von den unmittelbaren Zuwendungen dadurch, daß der Erblasser an den zuzuwendenden Gegenständen niemals dinglich berechtigt gewesen ist. Die Leistung des Versprechenden an den Dritten erfolgt vielmehr stets aus dessen eigenem Vermögen. Gleichwohl enthält sie eine Zuwendung auf Kosten des Versprechensempfängers, da nur er, nicht aber der Dritte dem Versprechenden eine Gegenleistung zu erbringen hat.

Solche Geschäfte kommen in der Form vor, daß beispielsweise der Erblasser Vermögensgegenstände oder gar sein ganzes Vermögen in der Weise veräußert, daß der gestundete Kaufpreis nach seinem Tode an einen Dritten zu zahlen, bis dahin aber ihm selbst zu verzinsen ist[61]). Eine andere Form ist die, daß der Erblasser bei einer Bank Geld einzahlt und sich von ihr versprechen läßt, das Guthaben nach seinem Tode an einen Dritten auszuzahlen[62]).

Zu dieser Gruppe können allerdings auch die Lebensversicherungsverträge gehören[63]). Nur braucht es sich bei ihnen, wie unten S. 64/65 noch gezeigt werden wird, nicht stets um letztwillige Zuwendungen zu handeln. Es geht daher nicht an, sie mit Fricke[64]) und Kohlbach[65]) als Musterbeispiele zu behandeln.

Daß auf die gekennzeichnete Art für den Dritten ein unmittelbares eigenes Recht begründet werden kann, unterliegt angesichts des § 331 BGB keinem Zweifel. Wenn auch § 331 nur eine Auslegungsregel enthält[66]), so wird man eben aus ihrem Vorhandensein folgern müssen, daß der Gesetzgeber mit dem Abschluß derartiger Verträge rechnet und sie als gültig behandelt wissen will[67]). Da es sich jedoch im Verhältnis zwischen Versprechens-

---

[61]) Vgl. Boehmer, Einl. § 29, Erl. 16; RG-Praxis, S. 313; Endemann III, 1, S. 216.

[62]) Vgl. die Fälle RG 88, 137; 106, 1.

[63]) Vgl. Boehmer, RG-Praxis, S. 313.

[64]) S. 4, 39 ff.

[65]) S. 41 ff.

[66]) A. A. Hellwig, S. 156. Er meint, daß der Gesetzgeber gleichzeitig darin positiv bestimme, daß der Dritte ein durch den Tod des Versprechensempfängers bedingtes Recht erwerben könne.

[67]) Vgl. Gieben, S. 16; Termeer, S. 20, 25, 30, 31; RG 106, 2; Oertmann, § 331, Erl. 5.

empfänger und Versprechendem nur um ein gewöhnliches Rechtsgeschäft handelt[68]), kann auch der Zweck, einem Dritten eine letztwillige Zuwendung zu machen, keinen Einfluß auf die Form des Vertrages haben[69]).

Zu beachten ist aber, daß damit zunächst nur die Möglichkeit der Begründung eines — im Verhältnis zum Versprechensempfänger abstrakten — Rechtes nach dem Ableben des Versprechensempfängers festgestellt ist. Noch nicht entschieden ist damit die Frage nach der gültigen causa für diesen Rechtserwerb.

§ 17. Das Valutaverhältnis in den Fällen des § 331 BGB.

Entsprechend dem oben S. 37/38 Gesagten kann bei den durch Vermittlung eines Dritten vorgenommenen unentgeltlichen Zuwendungen im Valutaverhältnis eine Schenkung vorliegen. Nicht angängig ist es jedoch, ausnahmslos alle Fälle des § 331 als Schenkungen zu behandeln[70]).

Bei den letztwilligen Zuwendungen ist das Recht des Dritten aus dem Versprechen des Versprechenden durch den Tod des Versprechensempfängers und das Überleben des Dritten bedingt. Bis zum Tode des Versprechensempfängers soll noch keinerlei Rechtsveränderung eintreten. Das Recht gehört solange zum Vermögen des Versprechensempfängers und unterliegt seiner Verfügung[71]). Der Dritte erwirbt weder ein aufschiebend noch ein auflösend bedingtes Recht[72]). Damit ist aber der Tatbestand der noch nicht bei Lebzeiten des Schenkers vollzogenen Schenkung

---

[68]) D. h. Kauf, Tausch, Verwahrung oder dergl. Daß Leistung an einen Dritten ausbedungen wird, ändert hieran nichts. Die Leistungspflicht des Versprechenden ergibt sich unmittelbar aus diesen Verträgen. Ihre Begründung bildet nicht etwa, wie Termeer (S. 40 ff., 53), Pauli (S. 26), Gieben (S. 26/27, 62/63), und Kipp (S. 140) meinen, den Gegenstand eines besonderen Auftragsvertrages. Vgl. Staud. II, 1, Vorbem. I (S. 539) zum 3. Titel.

[69]) Vgl. oben S. 37.

[70]) Wie es in RGRK, § 516, Erl. 9, geschieht.

[71]) Vgl. Kohlbach, S. 20; RG 95, 244; JW 1904, S. 485; Gruchot, Bd. 49, S. 101; Seuff. Arch. Bd. 79, S. 155; RGRK, § 331, Erl. 1; Staud., § 331, Erl. 1; Planck, § 331, Erl. 1 a β; Soergel, § 331, Erl. 2.

[72]) Vgl. Heck, S. 146: „Eine Aussicht, wie die eines in einem Testament Bedachten"; Soergel, § 331, Erl. 2: „Nur eine Hoffnung, kein bedingtes Recht"; RG 51, 104, 403; 71, 326; Recht 25, Nr. 444; RGRK, § 331, Erl. 1; Endemann III, 1, S. 216; Staudinger, § 331, Erl. 1; Oertmann, § 331, Erl. 1 b; Planck, § 331, Erl. 1 a α; Cosack I, § 154, 3 (S. 388/89); Hellwig, S. 211. A. A. Kreß, S. 626; Eckstein, Gruch. Bd. 55, S. 751 ff.

von Todes wegen gegeben[73]). Der Schenkungsvertrag würde also stets wegen Formmangels nichtig sein[74]).

Strohal[75]) leugnet jeglichen erbrechtlichen Charakter der dem § 331 BGB unterfallenden Rechtsgeschäfte unter Hinweis auf die Verschiedenheiten, die zwischen einem Geschäft nach §§ 328, 331 BGB und einer Verfügung von Todes wegen im technischen Sinne (Vermächtnis oder Erbeinsetzung) bestehen. Ein Trugschluß ist es jedoch, aus der Verschiedenheit der Rechtsfolgen die Verschiedenheit der Tatbestände herzuleiten. Gerade weil die Rechtsfolgen so verschieden sind, bedarf es erst des Nachweises, inwiefern die Tatbestände, die gemeinhin dem § 331 BGB untergeordnet werden, wirklich so wesentlich anders geartet sind als Verfügungen von Todes wegen, daß sich eine unterschiedliche Behandlung rechtfertigt. Im übrigen scheidet Strohal bei seiner Beweisführung nicht zwischen Valuta- und Deckungsverhältnis. Im Deckungsverhältnis liegt freilich, wie schon oben S. 39 gesagt wurde, keine Verfügung von Todes wegen, sondern ein gewöhnliches Rechtsgeschäft unter Lebenden vor. Daß aber schon deshalb auch im Valutaverhältnis der Tatbestand einer Verfügung von Todes wegen nicht gegeben sein könne, ist keine stichhaltige Begründung.

Eine klare Trennung zwischen Valuta- und Deckungsverhältnis wird auch vom Reichsgericht nicht vorgenommen. Das Reichsgericht begnügt sich stets mit der Feststellung, daß der Vertrag zwischen Versprechendem und Versprechensempfänger keine Verfügung von Todes wegen darstelle[76]). Das gleiche gilt für die Kommentare von Staudinger[77]), Planck[78]) und Warneyer[79]).

Nicht übersehen werden darf allerdings, daß vielfach im Valutaverhältnis in Wahrheit gar keine Schenkung von Todes wegen, sondern eine solche unter Lebenden vorliegt. Dieser Gesichts-

---

[73]) § 2301 BGB. A. A. Kohlbach, S. 21.

[74]) So auch Fricke, S. 24, 25; Heldrich, Iherings Jahrb., Bd. 79, S. 344, Anm. 4; vgl. auch Enneccerus II, § 35, II, 2a (S. 136): Als Rechtsgrund kommt Schenkung von Todes wegen in Betracht. „Ein solches Schenkungsversprechen ist nach §§ 2301, 518 formbedürftig." Vgl. ferner: Hellwig, S. 593, Anm. 213.

[75]) S. 124, Anm. 5; so auch Kohlbach, S. 33; Fricke, S. 45; Kipp, S. 137; Leonhard, § 2301, Erl. VII; Staudinger, § 331, Erl. 1.

[76]) Vgl. RG 80, 177; 88, 138.

[77]) § 331, Erl. 1.

[78]) § 331, Erl. 1 a γ.

[79]) § 331, Erl. I.

punkt ist praktisch der bedeutsamste. Er wird nur zu oft verkannt, was sich daraus erklärt, daß bei einer unentgeltlichen Zuwendung, die erst nach dem Tode des Zuwendenden erfolgt, ohne weiteres angenommen wird, es liege eine durch den Tod des Verfügenden und das Überleben des Bedachten bedingte Zuwendung vor. Daran krankt nicht nur, wie Boehmer[80]) zutreffend feststellt, die Rechtsprechung zum § 2301 BGB, sondern in noch viel größerem Ausmaße auch diejenige bezüglich des § 331 BGB. Es ist das Verdienst Boehmers, diese entscheidende Frage im Hinblick auf die Anwendung des § 2301 in vorbildlicher Weise geklärt zu haben. Vergegenwärtigt man sich aber, daß der Versprechende stets nur Mittelsperson des Versprechensempfängers ist, mithin sowohl die „unmittelbaren" als auch die „mittelbaren" Zuwendungen nichts weiter als modifizierte Schenkungen sind, so ergibt sich zwangsläufig, daß die Ausführungen Boehmers bezüglich des § 2301 auch auf die Verträge zugunsten Dritter von Todes wegen Anwendung finden müssen. Auch für die dem § 331 BGB unterfallenden Verträge hat somit die Feststellung Gültigkeit, daß „nur dann, aber auch immer dann, wenn in die Form eines Rechtsgeschäftes unter Lebenden ein Vermögenserwerb gekleidet werden soll, der nach dem Willen des Zuwendenden durch seinen Tod und das Überleben des Bedachten entstehungsbedingt ist, ein agere in fraudem legis vorliegt und das Rechtsgeschäft unwirksam ist"[81]).

Betrachtet man das Problem von diesem Standpunkt aus, so ergibt sich eine klare und einfache Lösung. Es braucht nur jeweils geprüft zu werden, ob im Einzelfalle die Zuwendung eine bloß bis zum Tode des Versprechensempfängers befristete oder zugleich auch eine durch das Überleben des Dritten bedingte darstellt.

Als Kriterium hierfür wird man wiederum den von Boehmer[82]) angeführten Gesichtspunkt der Höchstpersönlichkeit des Rechtes heranziehen können[83]). Sollen also gegebenenfalls an die Stelle des vorzeitig verstorbenen Dritten dessen Erben treten[84]), so liegt nur eine Schenkung unter Lebenden vor, die sich

[80]) RG-Praxis, S. 294.
[81]) Boehmer, RG-Praxis, S. 294.
[82]) A. a. O., S. 297.
[83]) Vgl. oben S. 11.
[84]) Nach den Protokollen Bd. I, S. 760, scheint zwar der Gesetzgeber dies für unmöglich gehalten zu haben, doch nehmen Planck (§ 331, Erl. 1a) und Enneccerus (II, § 35, III, 1, Anm. 8) (S. 137) mit Recht an, daß es sich dabei um eine reine Tatfrage handelt. Auch Staudinger (§ 331, Erl. 1) meint,

auch noch nach Eintritt des Erbfalles vollenden kann. Der Rechtserwerb des Dritten erfolgt in diesem Falle im Verhältnis zu den Erben des Versprechensempfängers cum causa. Soll dagegen dem Dritten das Recht nur persönlich zugewendet werden, so ist es durch sein Überleben bedingt und es liegt eine bei Lebzeiten des Schenkers noch nicht vollzogene Schenkung von Todes wegen vor; der Dritte erwirbt das Recht im Valutaverhältnis sine causa.

Daraus ergibt sich, daß durchaus nicht alle Verträge zugunsten Dritter auf den Todesfall im Valutaverhältnis eine Verfügung von Todes wegen enthalten[85]). Wann einmal eine solche vorliegt und wann nicht, bestimmt sich nach genau denselben Grundsätzen, die für die Abgrenzung der Schenkung von Todes wegen von der bis zum Tode des Schenkers befristeten Schenkung unter Lebenden maßgebend sind.

Demzufolge erhellt sofort, daß in dem Falle RG 88, 137 in Wahrheit gar keine Verfügung von Todes wegen vorlag. Der Erblasser hatte ausdrücklich bestimmt, „daß der Betrag der M. bezw. deren Erben nach seinem Tode ausbezahlt" werden sollte. Das gleiche dürfte aber auch für den vom Reichsgericht in Bd. 106 S. 1 entschiedenen Tatbestand zutreffen. Wenn die Erblasserin lediglich die Bücher auf den Namen ihrer Geschwister ausstellen ließ, so wird man mangels einer gegenteiligen Willensäußerung der Erblasserin auch annehmen dürfen, daß gegebenenfalls an die Stelle eines vorzeitig verstorbenen „Bucheigentümers" dessen Erben treten sollten.

Aus der hier vertretenen Auffassung ergibt sich ferner zwanglos, daß auch die Gutsüberlassungsverträge keine Schenkungen von Todes wegen enthalten. Es ist allgemein anerkannt, daß hier das Recht des Dritten auf die ausbedungene Leistung nur bis zum Tode des Gutsübergebers befristet, aber nicht gleichzeitig durch das Überleben des Dritten bedingt ist[86]).

Überhaupt keine Schenkungen enthalten endlich die von Oertmann im BankA Bd. 13 S. 5 ff. behandelten Verträge zugunsten Dritter im Bankverkehr. Diese Verträge, die mit den Banken sogar

---

daß die Erben des Dritten nur „im Zweifel" keinen Anspruch gegen den Versprechenden haben. Vgl. dazu im einzelnen Kühlmorgen, S. 66, und die dort Angeführten.

[85]) A. A. Hellwig, S. 350 ff.; Gieben, S. 39/40; Melsheimer, S. 54; Pauli, S. 34/35; Eule, S. 53; Endemann III, 1, S. 216.

[86]) Vgl. Boehmer, Einl. § 28, Erl. 7; Josef, Gruchot, Bd. 47, S. 489; Oertmann, § 331, Erl. 2b a. E.; Fricke, S. 1/2; Enneccerus II, § 35, III, 1 a. E. (S. 137); Planck, § 331, Erl. 1a γ; a. A. Hellwig, S. 217.

formularmäßig abgeschlossen werden, dienen nur der Legitimation einer Vertrauensperson des Erblassers, damit der Zahlungsverkehr durch den Eintritt des Erbfalles keine Unterbrechung erleidet. Dem Dritten soll dadurch keine Zuwendung gemacht werden, vielmehr hat er von der Abhebungsbefugnis lediglich im Interesse der Erben Gebrauch zu machen. Somit liegt im Valutaverhältnis nichts anderes als ein Auftrag, Dienstvertrag, Geschäftsbesorgungsvertrag oder dergl. vor. Ungerechtfertigte Bereicherung des Dritten wegen Fehlens eines Testamentes kommt nicht in Betracht [87]).

In der Form des Vertrages zugunsten Dritter auf den Todesfall werden am häufigsten abgeschlossen die Lebensversicherungsverträge. Ihrer besonderen Bedeutung entsprechend müssen sie ausführlicher besprochen werden, was jedoch am zweckmäßigsten erst dann geschieht, nachdem zuvor die praktischen Auswirkungen der hier vertretenen Auffassung dargestellt sind [88]).

§ 18. Formerfordernisse des Valutaverhältnisses in den Fällen des § 331 BGB.

Sofern es sich im Valutaverhältnis um eine lebzeitige Zuwendung handelt, kann auf die Ausführungen in § 15 Bezug genommen werden.

In den Fällen, in denen im Valutaverhältnis eine Schenkung von Todes wegen vorliegt, müßte folgerichtigerweise die Einhaltung der entsprechenden Formvorschriften wie Testament oder Erbvertrag [89]) gefordert werden, um die Zuwendung dem Versprechensempfänger bezw. dessen Erben gegenüber als gerechtfertigt erscheinen zu lassen. Diesen Schluß zieht indessen die Praxis nicht.

Das Reichsgericht nimmt zu dieser Frage unmittelbar überhaupt nicht Stellung. So weist es z. B. in dem mehrfach erwähnten Falle Bd. 106 S. 1 die Klage der Alleinerbin auf Herausgabe der Sparbücher allein mit der Begründung ab, daß die Rechtsgültigkeit des Abkommens nach § 331 BGB nicht bezweifelt werden könne [90]). In Bd. 51 S. 404/05 sagt es lediglich: „Der Gesetzgeber

[87]) Vgl. auch Heldrich, Iherings Jahrb., Bd. 79, S. 344/45.

[88]) Vgl. unten § 21.

[89]) Nicht für den Vertrag zwischen Versprechendem und Versprechensempfänger, sondern nur zwecks Begründung einer causa zwischen dem Dritten und den Erben des Versprechensempfängers.

[90]) In entsprechender Weise werden die Entscheidungen RG 80, 175 (177/78) begründet.

hat hier, abweichend davon, wie sonst von ihm das Übergehen einzelner Rechte auf den Todesfall geordnet ist, einen unmittelbaren Erwerb von Todes wegen vorgeschrieben". Nur einmal[91]) hat es die Frage nach dem Verhältnis zwischen den Vertragsparteien und dem begünstigten Dritten aufgeworfen. Es geschah aber nur, um zu prüfen, ob sich etwa daraus die Notwendigkeit einer Form für den zwischen Versprechendem und Versprechensempfänger abgeschlossenen Vertrag ergeben könnte. „Sollte", so meint es, „durch den Vertrag eine Zuwendung an den Dritten bewirkt werden, und entfiel der Rechtsgrund wegen Formmangels des Rechtsgeschäfts, das der Zuwendung zugrundeliegt, so könnte die Zuwendung von dem Zuwendenden nach den Grundsätzen der ungerechtfertigten Bereicherung zurückgefordert werden". Es kommt dann aber zu dem Ergebnis, daß in dem zur Entscheidung stehenden Falle der Tatbestand des § 331 BGB gegeben sei. Hier erwerbe der Dritte das Recht auf die Leistung „unmittelbar aus dem Vertrag als ein unentziehbares Recht auch ohne Kenntnis des Vertrages; sein Erwerb ist unabhängig von der Annahme der Zuwendung. Einer Form bedarf diese Zuwendung nicht (Hellwig, Verträge auf Leistung an Dritte, S. 350 flg.)".

In gleicher Weise wird die Frage abgetan von Staudinger[92]), Planck[93]), Warneyer[94]), Endemann[95]) und dem Kommentar der Reichsgerichtsräte[96]). Sie alle nehmen auf die einschlägigen Reichsgerichtsentscheidungen einfach Bezug.

Aus dem Übergehen der Frage wird man folgern müssen, daß das Reichsgericht eine Zweckvereinbarung zwischen Versprechensempfänger und Drittem nicht für erforderlich hält. Da es sich fast stets auf Hellwig beruft[97]), ist anzunehmen, daß es sich auch insoweit dessen Auffassung zu eigen macht.

Hellwig bezieht sich zur Begründung seiner Ansicht, daß eine formgebundene Zweckbestimmung im Valutaverhältnis in den Sonderfällen des § 331 BGB ausnahmsweise entbehrlich sei, auf die vor Einführung des BGB bestehende Praxis und den an-

---

[91]) 88, 139.
[92]) § 328, Erl. II, 2b; § 331, Erl. 1; Bd. V, Vorbem. I z. 4. Titel (S. 579); § 2301, Erl. 2b (S. 887).
[93]) § 2301, Erl. 5; § 331, Erl. 1a γ.
[94]) § 2301, Erl. I.
[95]) III, 1, S. 216.
[96]) § 330, Erl. 2; § 331, Erl. 1; § 2301, Erl. 1.
[97]) Vgl. RG 51, 405; 88, 139; 106, 2.

geblichen Willen des Gesetzgebers, diese Praxis zu sanktionieren. Schon in der bisherigen Wissenschaft und Rechtsprechung habe der feststehende Satz gegolten, meint Hellwig[98]), „daß mit dem Tode des Versicherungsnehmers und des Gutsübergebers dem Begünstigten das Recht auf die ausbedungene Leistung zusteht und daß es einer Vereinbarung zwischen dem Erben und dem Dritten nicht bedarf". Zwar kann auch Hellwig nicht leugnen, daß in der Bestimmung des § 331 BGB keine Antwort auf die Frage enthalten ist, welche Bedeutung die von Todes wegen gemachte Zuwendung in dem Verhältnisse des Versprechensempfängers zu dem Dritten hat. Trotzdem glaubt er[99]), folgende Feststellung treffen zu können: „Aber das ist sicher, daß die II. Kommission, welche die Bestimmung einfügte, die Absicht hatte, die bisherige Praxis zu sanktionieren: Der Dritte erwirbt in dem Augenblicke des Todes des Stipulanten direkt und unentziehbar das Recht auf die Leistung; er erwirbt es nicht nur gegenüber dem Versprechenden, sondern auch gegenüber den Erben des Versprechensempfängers; diese können ihm den Erwerb nicht mehr entziehen, wenn der Gestorbene nicht das Gegenteil bestimmt hat. Eines weiteren Rechtsgrundes als des durch die Vereinbarung mit dem Versprechenden geäußerten Willens des Stipulanten bedarf diese Zuwendung nicht, ebensowenig wie eine solche, die durch Vermächtnisverfügung angeordnet worden ist".

Diese Begründung, die von Gieben[100]) kritiklos[101]) übernommen wird, bedarf einer Nachprüfung.

Im Römischen Recht war es grundsätzlich unzulässig, einen Vertrag mit der Wirkung abzuschließen, daß ein Dritter ein unmittelbares Forderungsrecht erwarb. Nur wenige, genau bestimmte Ausnahmen wurden allmählich anerkannt[102]). Das Gemeine Recht brachte einen Fortschritt insoweit, als es die Zahl der Ausnahmefälle vermehrte. Da indessen diese Vermehrung

[98]) S. 354.

[99]) a. a. O.

[100]) S. 41/42, 55/56.

[101]) Nur insoweit tritt Gieben Hellwig entgegen, als er fragt (S. 45), wieso die zwischen dem Versprechenden und Versprechensempfänger getroffene Vereinbarung auf das Verhältnis des Versprechensempfängers zu dem Dritten von Einfluß sein könne. Dies würde auch seiner Ansicht nach als „Phänomen der Phänomene unter den Erscheinungen der Rechtswelt genannt werden können" (S. 46, Anm. 1). Im Ergebnis stimmt er jedoch Hellwig zu, wenn er meint (S. 48), daß als einziger Entstehungsgrund des materiellen Verhältnisses des Dritten zum Erben die einseitige Erklärung des Versprechensempfängers ausreichend sei.

[102]) Vgl. oben S. 32.

nur im Wege des Gewohnheitsrechts erfolgte, war es naturgemäß umstritten, welche Fälle im einzelnen anerkannt seien. Der Streit betraf dabei jedoch allein die Frage, in welchen Fällen der Dritte ein eigenes und unentziehbares Recht erwarb[103]). Irgendwelche Anhaltspunkte dafür, daß die Ansicht vertreten worden sei, eine Zweckvereinbarung zwischen Versprechensempfänger und Drittem könne sich einmal erübrigen, sind dagegen nicht zu finden. Die auf den Todesfall abgeschlossenen Verträge zugunsten Dritter haben gegenüber den zu sonstigen Zwecken eingegangenen keine Sonderbehandlung erfahren[104]).

Die Bezugnahme Hellwigs auf den Rechtszustand vor Einführung des BGB geht somit fehl[105]). Aber selbst wenn Hellwig recht haben sollte, wäre es auf jeden Fall unzutreffend, daß im BGB diese angebliche bisherige Praxis hat sanktioniert werden sollen.

In den Protokollen Bd. I S. 755 heißt es ganz allgemein: „Das Versprechen zugunsten eines Dritten habe seinen Rechtsgrund in dem Verhältnisse des Versprechensempfängers zu dem Dritten". Nichts spricht dafür, daß der Gesetzgeber eine Durchbrechung dieser Regel auch nur für denkbar hielt. Er hat vielmehr dem in der bisherigen Praxis zum Ausdruck gekommenen Bedürfnisse nach Anerkennung von Verträgen zugunsten Dritter nur insoweit Rechnung tragen wollen, als er derartige Verträge ganz allgemein zuließ. Daß in diesem Zusammenhange dem § 331 BGB mehr Bedeutung als die einer Auslegungsregel zukommen sollte, läßt nicht nur der Wortlaut der Vorschrift ohne weiteres erkennen, sondern geht auch aus den Protokollen selbst hervor. Dort heißt es a.a.O. bei der Erörterung über die Notwendigkeit der später im § 331 BGB getroffenen Regelung: „Es erschien wünschenswerth, für die Entscheidung der Frage, ob eine unmittelbare

[103]) Vgl. Windscheid, Pandekten, Bd. II, § 316; Vangerow, Pandekten, Bd. III, § 606 (S. 296); Stobbe, Bd. III, § 172; sowie die bei Hellwig, S. 354, Anm. 718 Angeführten.

[104]) Hellwig gibt dies übrigens auch selbst zu, wenn er auf S. 354 in Anm. 717 schreibt: „Der Streit drehte sich vorzugsweise um die jetzt durch § 331 BGB abgeschnittene Frage, ob der Dritte schon vor dem Tode des Versprechensempfängers ein Recht auf die Leistung erwirbt, und darum, was als Gegenstand der Zuwendung anzusehen ist."

[105]) Man kann auch nicht etwa annehmen, was im übrigen Hellwig selbst nicht tut, die Notwendigkeit einer besonderen Zweckvereinbarung sei stillschweigend verneint worden. Denn dies müßte dann für alle Verträge zugunsten Dritter in gleicher Weise gelten. Es wäre willkürlich, eine solche Behauptung nur bezüglich der Verträge zugunsten Dritter auf den Todesfall aufstellen zu wollen.

Berechtigung des Dritten entstehen solle, einen bestimmten Anhalt zu geben". Es lag dem Gesetzgeber also völlig fern, mit der angeführten Bestimmung gleichzeitig mittelbar zum Ausdruck zu bringen, daß in den entsprechenden Fällen das dem Dritten zugewendete Recht im Verhältnis zum Versprechensempfänger (Valutaverhältnis) keines Rechtsgrundes bedürfe [106]).

Davon abgesehen wäre es auch mit Rücksicht auf die Systematik des Gesetzes unverständlich, wenn der Gesetzgeber so ganz beiläufig mitten im allgemeinen Schuldrecht — noch dazu nur indirekt in einer Auslegungsregel — eine formlose Art der letztwilligen Verfügung hätte anerkennen wollen. Eine derartige Annahme bildet nicht nur eine willkürliche Ergänzung des gesetzgeberischen Willens, sondern steht sogar in offenem Widerspruch zu ihm. In den Motiven Bd. V S. 350 heißt es: „Der Entwurf erachtet die Formen der testamentarischen und vertragsweisen Zuwendung von Todes wegen sowie die Vorschriften über Schenkungen für genügend, um der Bethätigung jeder Willensmeinung der Betheiligten Raum zu lassen".

Die von der herrschenden Meinung aus § 331 BGB gezogene Folgerung läßt sich somit weder mit dem Wortlaut noch mit dem Sinn des Gesetzes in Einklang bringen. Die fragliche Ausnahmevorschrift besteht nicht. Auch bei den letztwilligen Zuwendungen ist das vom Dritten erworbene Recht im Verhältnis zum Versprechensempfänger lediglich ein abstraktes, das noch einer Zweckbestimmung in Form des Testamentes oder Erbvertrages bedarf [107]). Fehlt es hieran, so erwirbt der Dritte in den fraglichen Fällen das Recht im Verhältnis zu den Erben des Versprechensempfängers ohne rechtlichen Grund und es stellt für ihn eine ungerechtfertigte Bereicherung dar [108]).

Die Rechtsfolgen, die sich aus dieser Sachlage ergeben, sind nunmehr zu erörtern.

---

[106]) Dagegen spricht auch nicht etwa, wie Gieben (S. 42) meint, die Vorschrift des § 331 II. Allerdings kann in diesem Falle eine Vereinbarung zwischen Versprechensempfänger und Dritten über den Zweck der Zuwendung niemals erfolgen. Eine Einigung ist aber bei letztwilligen Zuwendungen gar nicht erforderlich. Es genügt vielmehr die einseitige Bestimmung in einem Testament. Vgl. auch Heldrich, Iherings Jahrb., Bd. 79, S. 344, Anm. 4.

[107]) Vgl. auch Kohlbach, S. 42 ff.

[108]) Fricke, S. 42.

§ 19. Die Rechtslage bei den „unmittelbaren Zuwendungen".

Übergibt der Versprechensempfänger ihm gehörige Sachen dem Versprechenden und läßt sich von ihm deren Herausgabe nach seinem, des Versprechensempfängers, Tode an einen Dritten versprechen, um diesem damit eine letztwillige Zuwendung zu machen, so soll der Dritte nicht nur Besitzer, sondern auch Eigentümer werden. Es fragt sich daher, auf welche Weise der Dritte überhaupt das Eigentum erlangen könnte.

Hellwig[109]) meint, der Dritte werde mit dem Tode des Versprechensempfängers ohne weiteres Eigentümer. Zur Begründung geht er von der bereits oben S. 45 ff. erwähnten Ansicht aus, „daß es ein Sonderrecht der letztwilligen Verträge zu Gunsten Dritter ist, daß es keiner Vereinbarung über das Zuwendungsgeschäft bedarf". Es sei nur eine Konsequenz dieses Satzes, fährt Hellwig[110]) fort, zu sagen: „es bedarf auch keiner Einigung über die durch die Restitution der Sache zu bewirkende Eigentumsübertragung"[111]).

Diese Begründung ist schon wegen des falschen Ausgangspunktes verfehlt, da das angebliche Sonderrecht nicht besteht[112]). Aber selbst wenn es bestünde, so würde doch der Dritte allein durch den Vertragsschluß zwischen Versprechendem und Versprechensempfänger nur ein obligatorisches Recht erlangen. Weshalb es aber eine Konsequenz dessen sein müsse, daß auch der dingliche Erwerb sich ohne Einigung vollziehe, ist nicht ersichtlich. Wenn schon nicht einmal das Vermächtnis dem Vermächtnisnehmer ohne Einigung mit dem Erben Eigentum verschafft, so kann es bei den fraglichen Geschäften auch nicht anders sein[113]). Der Dritte kann wie bei jedem anderen schuldrechtlichen Vertrage lediglich ein obligatorisches aber kein dingliches Recht erhalten[114]). Es wäre auch höchst eigenartig, wenn ganz versteckt unter den Vorschriften des allgemeinen Schuldrechts eine besondere Eigentumserwerbsart geregelt sein sollte.

Mit Recht hat sich daher diese Ansicht weder in der Wissenschaft noch in der Praxis durchsetzen können.

---

[109]) S. 363.
[110]) a. a. O.
[111]) Ähnlich Endemann III, 1, § 30 V c (S. 221); Kirschbaum, S. 35, 37/38; Verseck, S. 31/32.
[112]) Vgl. oben S. 46 ff.
[113]) So Kipp (S. 141), der im übrigen die Ansicht Hellwigs billigt.
[114]) So auch Kohlbach, S. 37, und Termeer, S. 48.

Als andere Möglichkeit, dem Dritten unmittelbar mit dem Tode des Versprechensempfängers Eigentum an den zugewendeten Gegenständen zu verschaffen, kommt ein dinglicher Vertrag zugunsten Dritter in Betracht.

Es wäre denkbar, daß der Vertrag zwischen Versprechendem und Versprechensempfänger zugleich eine Einigung zugunsten des Dritten enthielte. Ob ihr rechtliche Wirksamkeit beigelegt werden kann, ist eine alte Streitfrage. Sie braucht hier indessen nur so weit erörtert zu werden, als sie den Eigentumsübergang an beweglichen Sachen betrifft. Die Möglichkeit einer Einigung nach § 925 BGB kommt schon um deswillen nicht in Frage, weil sie stets bis zum Tode des Versprechensempfängers befristet sein würde und dies nach § 925 Abs. 2 BGB unzulässig ist.

Vielfach wird die Ansicht vertreten, die §§ 328 ff. BGB seien auf dingliche Verträge entsprechend anwendbar, weil dafür ein Bedürfnis bestehe[115]). Wie aber schon das Reichsgericht[116]) zutreffend festgestellt hat, kann ein allgemeines Bedürfnis für eine Analogie nicht anerkannt werden[117]). Hinzu kommt, daß eine entsprechende Anwendung schuldrechtlicher Regeln auf das Sachenrecht wegen der besonderen Eigenart beider Gebiete ohnehin stets problematisch sein muß. In den vorliegenden Fällen gilt dies in besonders starkem Maße. Boehmer[118]) weist mit Recht darauf hin, daß es „theoretisch und praktisch unannehmbar ist, auf dem Umwege über den Vertrag zugunsten Dritter noch einen neuen Eigentumserwerbstatbestand schaffen zu wollen, bei dem nicht etwa die Abtretung des schon bestehenden Anspruches des Veräußereres auf die Sache, sondern die Zuwendung eines selbständigen neuen Anspruches, der neben dem des Veräußerers einhergeht, unmittelbar Eigentum für den Bedachten begründen soll. Das hieße, dem schon recht fragwürdigen Eigentumserwerb nach § 931 einen noch weit undurchsichtigeren an die Seite stellen, bei dem auf Grund eines formlosen Vertrages zwischen A und B dem

---

[115]) Vgl. Enneccerus II, § 34, VI (S. 134), Bd. III, § 38, II, 3; Kluckhohn, Verfg. z. Dritter, S. 186; Siber, Verfggesch. z. fremdem Recht, S. 49 ff.; Warn. I, S. 596; Strohal, Iherings Jahrb., Bd. 38, S. 86 ff.; Bruns, S. 120 ff.; Leonhard, Fahrniserwerb, S. 58; Heck, S. 149; RG in Gruch., Bd. 62, S. 409 ff.

[116]) Bd. 98, S. 281 ff.

[117]) Ewald, Iherings Jahrb., Bd. 76, S. 243, leugnet überhaupt jedes Bedürfnis. Auch Oertmann II, 1, Vorbem. 6 a. E. z. 3. Titel, meint, daß ein „sonderlich dringendes Bedürfnis" für die Zulassung dinglicher Verträge zugunsten Dritter kaum bestehe. Trotzdem glaubt er (a. a. O.), keine grundsätzlichen Bedenken dagegen erheben zu können.

[118]) RG-Praxis, S. 316.

nichtsahnenden C das Eigentum an Sachen in den Schoß fallen würde, die vielleicht den Hauptteil eines Vermögens ausmachen". Durch einen etwa neben dem schuldrechtlichen Vertrage herlaufenden dinglichen Vertrag zugunsten Dritter kann der Dritte somit kein Eigentum erlangen[119]).

Manche wollen den Dritten dadurch Eigentümer werden lassen, daß der Versprechende als Bevollmächtigter des Erben die Übereignung vornehme[120]). Bedeutet dies ohnehin schon eine willkürliche Unterstellung, wenn der Versprechende und der Versprechensempfänger nichts weiter vereinbart haben, als daß der Versprechende die in seinem Besitz befindlichen Sachen nach dem Tode des Versprechensempfängers an den Dritten herausgeben solle, so ist diese Ansicht auch rechtlich nicht haltbar. Wie bereits oben in § 8 ausgeführt wurde, könnte der Versprechensempfänger eine dahingehende Vollmacht nicht erteilen[121]).

Hiernach ist es also nicht möglich, daß der Dritte nach dem Tode des Versprechensempfängers ohne besondere Rechtshandlungen Eigentum an den ihm zugewendeten Sachen erlangt. Dazu bedarf es vielmehr, wie bei jeder dinglichen Rechtsveränderung, noch einer Einigung mit dem Eigentümer, also hier dem Erben. Ist dem Dritten die Sache vermacht worden, so ist der Erbe zur Abgabe der Einigungserklärung verpflichtet. Liegt ein Vermächtnis nicht vor, so hat der Dritte auf das Eigentum keinen Anspruch. Der Erbe kann die Sache herausverlangen sowohl nach § 812 als auch nach § 985 BGB[122]). Ob er gleichfalls gegen den Versprechenden einen Herausgabeanspruch hat, solange dieser noch nicht an den Dritten geleistet hat, bestimmt sich allein nach den Vertragsvereinbarungen zwischen dem Versprechensempfänger und dem Versprechenden.

---

[119]) So auch Planck II, 1, Vorbem. V, 1 zum 3. Titel; Staudinger, § 328, Erl. I, 2a; RGRK, § 328, Erl. 1 (S. 569); Fricke, S. 29, 30; Kohlbach, S. 34 ff.; Hellwig, S. 40; Soergel I, Vorbem. 1 zum 3. Titel; Warn. I, Vorbem. II zum 3. Titel; RG 66, 99; 98, 282; 106, 3.

[120]) Die ihm erteilte Vollmacht soll sogar unwiderruflich sein. Vgl. Termeer, S. 50 ff.; Gieben, S. 60/61; Kipp, S. 141; RGRK, § 516, Erl. 9.

[121]) Vgl. auch Heldrich, Iherings Jahrb., Bd. 79, S. 343, Anm. 3.

[122]) Vgl. Heldrich, a. a. O., und S. 344, Anm. 4; RGRK, § 328, Erl. 1; RG 98, 297 ff.; Ebbecke, Recht 1916, Sp. 338.

§ 20. Die Rechtslage bei den „mittelbaren Zuwendungen".

Bei den unmittelbaren Zuwendungen sollte der Versprechende den direkten Rechtsübergang zwischen Versprechensempfänger und Drittem vermitteln. Im Gegensatz hierzu hat er bei den mittelbaren Zuwendungen eigene Vermögensstücke auf den Dritten zu übertragen. Irgendwelche dinglichen Rechte an den auf den Dritten zu übereignenden Sachen stehen den Erben des Versprechensempfängers nicht zu. Als einziger Gegenstand etwaiger Ansprüche kommt nur das dem Dritten erwachsene Recht in Betracht. Sofern es im Valutaverhältnis des Rechtsgrundes entbehrt, müßten die Erben nach den oben S. 36 dargelegten Grundsätzen seine Abtretung aus dem Gesichtspunkt der ungerechtfertigten Bereicherung verlangen können. Doch wird dies von Fricke bestritten.

Fricke gibt zwar zu, daß der Dritte den Anspruch gegen den Versprechenden ohne rechtlichen Grund erwirbt[123]). Trotzdem leugnet er jede Kondiktionsmöglichkeit, da er meint, eine solche müsse schon zu Lebzeiten des Erblassers bestanden haben, um von den Erben geltend gemacht werden zu können. Bis zum Tode des Versprechensempfängers sei aber noch nichts vorhanden, was irgendwie wegen ungerechtfertigter Bereicherung herausverlangt werden könnte, da der Dritte ja erst mit dem Tode des Versprechensempfängers ein Recht erlange, vorher aber nicht einmal eine Anwartschaft habe. Dem Erblasser selbst könnte also, wie Fricke zweifelsfrei feststellt, gegen den Dritten niemals ein Bereicherungsanspruch zustehen. Da somit, so folgert Fricke[124]) weiter, in dem auf die Erben übergegangenen Vermögen kein Kondiktionsanspruch enthalten sei, könne ein solcher auch nicht auf sie übergehen. Daraus schließt Fricke[125]), daß „in den Fällen des § 331 trotz Mangels einer causa kein Herausgabeanspruch wegen ungerechtfertigter Bereicherung gegeben" sei.

Dagegen ist einzuwenden, daß die Erben keineswegs auf Ansprüche beschränkt sind, die bereits dem Erblasser zustanden, sondern auch Rechte geltend machen können, die ihnen in eigener Person erwachsen sind. Es ist nicht erforderlich, daß die Rechtshandlungen des Erblassers schon zu dessen Lebzeiten einen bestimmten Anspruch haben entstehen lassen. In die vom Erblasser

[123]) S. 47.
[124]) a. a. O.
[125]) S. 50.

geschaffene „rechtsgeschäftliche Verkehrslage“ [126]) treten die Erben ein. Sie setzen insofern dessen Rechtsleben fort. In den vorliegenden Fällen handelt es sich dabei um einen der Tatbestände, in denen die zur Auslösung einer Rechtslage erforderlichen Rechtshandlungen zwar selbst schon ganz oder zum Teil vom Erblasser vorgenommen sind, jedoch der Erfolg, die Verwirklichung der ungerechtfertigten Vermögensverschiebung sich erst nach seinem Tode vollendet. Die Erben treten in diese werdenden oder schwebenden Rechtsbeziehungen ein und setzen sie als solche fort und zwar so, „daß die endgültigen Rechtswirkungen sich in ihrer Rechtssphäre vollziehen“ [127]).

Erwirbt demnach der Dritte infolge einer Rechtshandlung des Erblassers (Abschluß des Vertrages zugunsten Dritter), wenn auch erst nach dessen Tode, etwas ohne rechtlichen Grund, so können es die Erben wegen ungerechtfertigter Bereicherung herausverlangen [128]).

Der Dritte ist somit den Erben gegenüber zur Herausgabe des Erlangten verpflichtet. Die Erfüllung dieser Verbindlichkeit hat in der Form zu erfolgen, daß er sein Recht aus dem Versprechen an die Erben abtritt. Sofern er die versprochene Leistung bereits erhalten hat, hat er diese den Erben zu erstatten, und zwar in Natur oder, falls dies nicht mehr möglich sein sollte, wertmäßig.

§ 21. Lebensversicherungsverträge.

Bei der Lebensversicherung zugunsten eines Dritten auf den Todesfall, erwirbt nach § 331 BGB der Dritte im Zweifel das Recht auf die Versicherungssumme erst mit dem Tode des Versicherungsnehmers. Es fragt sich dabei zunächst, ob es ihm in eigener Person originär oder als Rechtsnachfolger des Versprechensempfängers zufällt. Eine Erörterung hierüber hat für die derzeitige Praxis nicht bloß theoretische Bedeutung. Erlangt nämlich der Dritte ein ursprüngliches Recht, so kann es ihm nach der

---

[126]) Boehmer, JW 1938, S. 2636.

[127]) Boehmer, a. a. O., S. 2635; vgl. auch Boehmer-Staudinger, § 1922, Erl. 216 ff.

[128]) So auch Kohlbach, S. 31, und Oertmann, § 331, Erl. 5. Vgl. ferner Hellwig, S. 388: Hat der Dritte etwas bekommen, was ihm nicht gebührt, dann hat der Erbe die Rückforderungsklage nach den Grundsätzen der §§ 812 ff.

von der herrschenden Lehre aus § 331 BGB gezogenen Folgerung auf keinerlei Weise wieder entzogen werden [129]).

Das Reichsgericht beantwortet diese Frage verschieden, je nachdem ob der Anspruch gegen den Versicherer dem Versicherungsnehmer zunächst selbst zugestanden hat und der Dritte erst später benannt worden ist, oder ob der Vertrag gleich von vornherein zugunsten des Dritten abgeschlossen wurde. Nur im zweiten Falle läßt das Reichsgericht den Dritten ein ursprüngliches Recht erwerben. Hier stehe, so meint das Reichsgericht [130]) „die Annahme einer Übertragung mit dem Begriffe und Wesen eines Vertrages zugunsten Dritter geradezu im Widerspruch". Demgemäß verneint es in diesem Falle bezüglich des Anspruchs des Dritten gegen den Versicherer das Vorliegen einer Zuwendung aus dem Vermögen des Versprechensempfängers und hält insbesondere eine konkursrechtliche Anfechtung des Rechtserwerbs für unzulässig [131]). Bei nachträglicher Bezeichnung dagegen erlangt nach Ansicht des Reichsgerichts der Dritte das Recht aus dem Vermögen des Versprechensempfängers, da vorher das Bezugsrecht dem Versicherungsnehmer selbst zugestanden habe, ohne die Änderung weiterhin in dessen Vermögen geblieben und damit in den Nachlaß gefallen wäre. Die nachträgliche Benennung habe daher dieselbe Bedeutung wie eine Abtretung; der Dritte erwerbe hierbei zwar nicht aus dem Nachlasse, aber doch immerhin aus

---

[129]) Vgl. oben S. 46.

[130]) Bd. 24, S. 339.

[131]) RG 29, 321; 51, 403; 54, 96/97; 62, 48; 71, 324; 127, 271; so auch OLG Stuttgart in DJZ 1902, S. 439; RGRK, § 330, Erl. 2 a. E., und Jaeger, Gläubigeranfechtung, S. 22.

Charakteristisch hierfür sind die Ausführungen in RG 61, 219: „Die Erstattung der von der Versicherungsgesellschaft an die Ehefrau ausgezahlten Versicherungssumme kann aber von dem Verwalter im Konkurs über den Nachlaß des Ehemannes auf Grund der Bestimmungen der §§ 30—32 KO nicht gefordert werden, weil die Versicherungssumme, bzw. der Anspruch auf dieselbe nicht zum Nachlasse gehört hat, durch die Auszahlung somit die Nachlaßmasse nicht vermindert wird."

Ebenso Staudinger, § 330, Erl. 3a: „Der Bezugsberechtigte erhält die Versicherungssumme nicht aus dem Vermögen des Versicherungsnehmers, sondern unmittelbar von dem Versicherer. Infolgedessen kann der Erwerb der Versicherungssumme im Konkurse nicht nach § 32 KO als unentgeltliche Verfügung angefochten werden."

Vgl. ferner Hartmann-Meikel, § 3, Erl. 29 (S. 195/96): „Stirbt der Versicherungsnehmer, so erwirbt der Dritte den Anspruch auf die Versicherungssumme nicht als Teil des Nachlasses, sondern unmittelbar auf Grund des Vertrages. Da die Zuwendung nicht aus dem Vermögen des Versicherungsnehmers erfolgt, unterliegt sie auch nicht der Anfechtung."

dem Vermögen des Versicherungsnehmers, gewissermaßen als dessen Rechtsnachfolger [132]).

Diese unterschiedliche Behandlung wird im Schrifttum mit Recht abgelehnt. Denn an der Natur des zugewendeten Anspruchs kann sich dadurch nichts ändern, daß der Dritte zufällig erst nach Vertragsabschluß bezeichnet worden ist. „Der Versicherungsnehmer kann ja in der Regel jederzeit ohne weiteres einen Dritten als bezugsberechtigt benennen (§ 166 VVG)“ [133]). Das Recht des Dritten auf die Versicherungssumme muß daher in jedem Falle als ein ursprüngliches angesehen werden [134]).

Um die mit dem ursprünglichen Rechtserwerb des Dritten (anscheinend) notwendigerweise verbundenen Folgen nach Möglichkeit auszugleichen und wenigstens einen Teil der Versicherungssumme dem Zugriff der Nachlaßgläubiger auszusetzen, weisen die Vertreter der herrschenden Lehre darauf hin, daß in der Versicherungssumme auch die vom Versprechensempfänger gezahlten Prämien mit enthalten sind. Da sie der Dritte immerhin mittelbar und unentgeltlich erhalte, liege insoweit im Valutaverhältnis eine anfechtbare Vermögensverschiebung vor [135]).

Gegen diese Begründung ist zunächst mit Gierke [136]) einzuwenden, daß es zum mindesten schon deshalb sehr fraglich sein muß, in den Prämien den Gegenstand einer Schenkung zu sehen, weil in aller Regel weder der Versicherungsnehmer dem Dritten die Prämien schenken will, noch der Dritte in der Auszahlung der Versicherungssumme gerade eine unentgeltliche Zuwendung der Prämien erblickt. Es dürfte in Wahrheit stets an der zum

---

[132]) RG 62, 46; 66, 158. So auch Warneyer, AnfG § 3, Erl. IV, 4 (S. 124); Hartmann-Meikel, § 3, Erl. 29 (S. 195); Busch-Krieg, § 32 KO, Erl. 4.

[133]) Staudinger, § 330, Erl. I, 3a.

[134]) Vgl. Ehrenberg, Iherings Jahrb., Bd. 41, S. 361, 381; v. Tuhr II, 1, S. 36; Kühlmorgen, S. 78 ff.; Oertmann, § 328, Erl. 2; Bruck, Vorbem. 13 vor §§ 166—168; Gierke, S. 21 ff., 25—28; a. A. Hellwig, Rechtskraft, § 41, Lehrb., § 40, II, 5. Er meint, der Rechtserwerb des Dritten sei in jedem Falle ein abgeleiteter. Die Rechtsnachfolge erklärt er damit, daß die Berechtigung des Dritten durch diejenige des Versprechensempfängers „und durch die Gültigkeit der Verfügung bedingt ist, die der Gläubiger dadurch trifft, daß er sich die Leistung an den Dritten versprechen läßt“. (Lehrb., a. a. O., S. 284.)

[135]) Vgl. Boehmer, Einl. § 28, Erl. 12; Kühlmorgen, S. 111; Jaeger, KO § 32, Anm. 26; Mentzel, § 1, Erl. 68; Oertmann, § 331, Erl. 3; Ehrenberg, Iherings Jahrb., Bd. 46, S. 398; Gierke, S. 57; Berliner LZ 1906, S. 288; Endemann III, 1, S. 217; RGRK, § 330, Erl. 2 a. E.; Staudinger, § 330, Erl. I, 3a; § 2325, Erl. II, 1, Abs. 3; Meyn, Recht 1906, S. 232 ff.; Hartmann-Meikel, § 3, Erl. 29 (S. 196); sowie die bei Gierke, S. 55, Anm. 247, und Kühlmorgen, S. 111, Anm. 3 Angeführten; RG 61, 218; 62, 46; 66, 158; 128, 190.

[136]) S. 55. Vgl. auch Kohlbach, S. 90/91.

Zustandekommen der Schenkung erforderlichen Einigung über den Schenkgegenstand fehlen, sodaß der Dritte die Prämien sine causa erhält.

Wichtiger als dieses Argument ist jedoch die Tatsache, daß dem Dritten die Prämien garnicht zugewendet werden. „Die Prämien sind nichts als die Leistung an den Versicherer, für welche dieser als Gegenleistung die Zahlung der Versicherungssumme verspricht. . . . Man müßte denn auch sagen, daß der Verkäufer, der die Leistung des Kaufpreises an einen Dritten bedungen hat, diesem nicht den Kaufpreis, sondern das Grundstück „in der Form" des Kaufpreises zuwende"[137]). Nicht, was der Versprechende vom Versprechensempfänger erhält, sondern das, was er leistet, wendet der Versprechende dem Dritten zu[138]). Es entbehrt jeder Grundlage, die Lebensversicherungsverträge insofern anders zu beurteilen, als sonstige Verträge zugunsten Dritter[139]). Gegenstand der Zuwendung bildet auch hier nicht mehr und nicht weniger als die Leistung des Versprechenden, d. h. die ganze Versicherungssumme.

Der herrschenden Lehre wirft Oertmann[140]) mit Recht vor, daß sie den Gegensatz zwischen Valuta- und Deckungsverhältnis „trotz aller Versicherungen des Gegenteils nicht genügend beachtet". Wenn auch der Versprechende unmittelbar. körperlich dem Dritten leistet, so leistet er doch in Wahrheit gleichzeitig mittelbar an den Versprechensempfänger. „Und was er ihm leistet, bildet bei allen gegenseitigen Verträgen den Ausgleich für das, was er seinerseits vom Versprechensempfänger bekommt oder zu bekommen hat". Ist der Vertrag zwischen dem Versprechenden und dem Versprechensempfänger gültig, so hat der Versprechende die Leistung des Versprechensempfängers cum causa erhalten, ohne Rücksicht auf irgendwelche Mängel im Valutaverhältnis. Braucht er aber in diesem Falle nichts zurückzugeben. so braucht es auch der Dritte nicht, denn der Dritte hat garnicht, auch nicht mittelbar jene Leistung empfangen. Beim Verkauf einer nicht vertretbaren Sache zum Beispiel, etwa eines Grundstückes, unter Ausbedingen der Zahlung des Kaufpreises an einen Dritten, hat der Versprechende die Sache entweder behalten oder weiter-

[137]) Hellwig, S. 339.

[138]) So auch Eckstein, ZZP, Bd. 41, S. 98, 110/11; Natter, S. 306; Oertmann, § 331, Erl. 3; Heck, S. 149; v. Tuhr II, 2, S. 62; Josef, Iherings Jahrb., Bd. 66, S. 38 ff., 48 ff.; vgl. auch Jaeger, Gläubigeranfechtung, S. 3, Anm. 77.

[139]) Vgl. oben S. 34 ff.

[140]) Mittelbare Zuwendungen, S. 68 ff.

veräußert; der Dritte jedenfalls hat sie nicht bekommen. Wenn der Dritte sie aber niemals bekommen hat, kann gegen ihn auch niemals ein Anspruch auf Herausgabe der Sache begründet gewesen sein. Als Gegenstand eines etwaigen Herausgabeanspruchs kommt vielmehr allein die Gegenleistung des Versprechenden in Betracht, da nur diese dem Dritten zugute gekommen ist. Was jedoch für nichtvertretbare Sachen gilt, muß in gleicher Weise auch für vertretbare, wie z. B. Geld, gelten. Darum hat, wie mit Oertmann[141]) nochmals zu betonen ist, „bei der Versicherung zugunsten Dritter der Dritte nie und nimmer die Prämien (mittelbar) vom Versicherungsnehmer erhalten, sondern nur, aber auch alles das, was er, der Dritte, seinerseits vom Versicherungsnehmer bekommt oder zu beanspruchen hat, denn gerade dies ist es, und dies allein, was ohne die Sonderklausel der Versicherungsnehmer vom Versicherer zu bekommen hätte, was also kraft der Drittklausel ihm nur mittelbar verschafft wird".

„Der Dritte hat seinerseits zwar unmittelbar vom Vertragsgegner, aber mittelbar vom Promissar erhalten und seine interne Rechtslage diesem gegenüber bestimmt sich genau ebenso, wie wenn er unmittelbar von ihm die Leistung entgegengenommen hätte — sowohl inbezug auf eine etwaige Gegenleistung, wie auf eine Rückerstattung wegen Mangels des Rechtsgrundes. Nur die Person des Leistenden, nicht die Natur und rechtliche Eigenart der Leistung ändert sich bei der mittelbaren Zuwendung gegenüber der unmittelbaren" [142]).

In jedem Falle erwirbt somit der Dritte das Recht auf die Versicherungssumme auf Kosten des Versprechensempfängers; ob die Benennung gleich bei Vertragsschluß oder erst nachträglich stattgefunden hat, spielt dabei keine Rolle. Geschieht die Bezeichnung im Valutaverhältnis ohne rechtlichen Grund, so tritt an die Stelle des bis zum Tode des Erblassers bestehenden freien Verfügungsrechts über den Versicherungsanspruch ein Bereicherungsanspruch gegen den Dritten. Die praktisch bedeutsamste Frage kann daher auch hier allein diejenige nach der causa im Valutaverhältnis sein.

Davon abgesehen, liegt in der erwähnten Konstruktion auch ein unlösbarer Widerspruch. Er kann garnicht klarer zutage treten als in der Reichsgerichtsentscheidung Bd. 128 S. 187 ff. [143]). Dort

[141]) a. a. O., S. 69.
[142]) Oertmann, a. a. O., S. 69/70.
[143]) Warneyer, AnfG, § 3, Erl. IV, 4 (S. 123/24) schließt sich ihr wörtlich an.

kommt das Reichsgericht auf S. 190 nach längeren Ausführungen zu folgender mit der hier vertretenen Auffassung vollkommen übereinstimmenden Erkenntnis: „Der Versicherungsnehmer will allerdings dem Bezugsberechtigten durch seine Aufwendungen an Prämienzahlungen die Versicherungssumme verschaffen, und so bildet den Gegenstand der Schenkung der Anspruch des Versicherungsnehmers auf die Gegenleistung des Versicherers aus dem Versicherungsvertrag, also auf Zahlung der Versicherungssumme". Damit gibt das Reichsgericht zu, daß die im Wege des Vertrages zugunsten Dritter erfolgende Zuwendung nicht anders zu beurteilen ist, als ob sie direkt zwischen Versprechensempfänger und Drittem vorgenommen worden wäre; denn der Begriff der Schenkung setzt nach § 516 BGB eine Zuwendung aus dem eigenen Vermögen voraus. Anstatt aus dieser richtigen Erkenntnis die gleiche Folgerung zu ziehen wie in den Entscheidungen Bd. 62, 46 und 66, 158, also die ganze Summe für anfechtbar zu erklären, fährt das Reichsgericht unter Verleugnung der soeben getroffenen Feststellung wie folgt fort: „Aber diese selbst hat gemäß §§ 330, 331 BGB niemals zum Vermögen des Versicherungsnehmers gehört; sie fällt mit dessen Tode dem Bezugsberechtigten unmittelbar aus dem Vermögen des Versicherers zu (RGZ Bd. 51 S. 403; Bd. 61 S. 217 u. a.)". Da aber dann „das auf solche Weise erlangte Recht nicht zum Nachlasse gehört hat, ist es" — nach Meinung des Reichsgerichts[144]) notwendigerweise — „dem Zugriffe der Nachlaßgläubiger entzogen".

Dies bedeutet, um ein praktisches Beispiel zu wählen, daß der Bezugsberechtigte T vom Versicherer V die Versicherungssumme von 100 000 RM fordern und den empfangenen Betrag auch behalten darf. Diese 100 000 RM sind unangreifbar, denn sie stammen aus dem Vermögen des V und nicht des Versicherungsnehmers VE.

Wenn man aber sagt, daß diese ganzen 100 000 RM unangreifbar sind, weil sie nicht aus dem Vermögen des VE herrühren, kann man nicht, wie es das Reichsgericht in Bd. 128 S. 190 tut, zugleich behaupten, in diesen 100 000 RM erhalte T mittelbar etwas aus dem Vermögen des VE und das, was er mittelbar erhalte, müsse er natürlich herausgeben. Beide Behauptungen stehen zu einander in unvereinbarem Gegensatz und können unmöglich neben einander aufrechterhalten werden. Wenn V die 100 000 RM zu beanspruchen hat, dann müssen ihm auch 100 000 RM verbleiben.

[144]) Bd. 51, S. 405.

Das Reichsgericht muß sich frei machen von dem Irrtum, daß der Erwerb nach § 331 BGB „sich auf ein von dem Verstorbenen in der Art konstituiertes Gut bezieht, daß dieser zwar mit dem Erbfalle, aber, da für den Erwerb der Augenblick des Todes entscheidend ist, nicht als Teil des Nachlasses, auch nicht aus dem Vermögen des Erblassers dem Begünstigten zufällt“ [145]). Es braucht sich nur zu vergegenwärtigen, daß der Versprechende lediglich eine Mittelsperson des Versprechensempfängers ist und seine Leistung immer eine Leistung des Versprechensempfängers an den Dritten bleibt, daß er daher allein dessen, nicht aber sein eigenes Vermögen verringert. Das Recht auf die Leistung des Versprechenden „steht in synallagmatischer Verknüpfung zu dem, was der Promissar dafür verspricht oder leistet, und wenn er die Vornahme der Gegenleistung an den Dritten vereinbart, wendet er diesem etwas zu, was durch seine eigene Leistung erkauft ist, was normalerweise und mangels der Sonderklausel auch in dem besonderen Falle ihm selbst zugekommen sein würde“ [146]).

Über die vorgebrachten Bedenken wäre indessen hinwegzusehen [147]), wenn allein jene Konstruktion zu tragbaren Ergebnissen führen würde. Letzteres ist jedoch nicht einmal der Fall. Sofern nämlich der anfechtbare Teil der Versicherungssumme verhältnismäßig hoch ist, wird der vom Erblasser mit dem Abschluß der Versicherung verfolgte Zweck der Fürsorge für seine Hinterbliebenen nicht oder wenigstens nur unvollkommen erreicht [148]). Andererseits werden aber auch beliebige Dritte genau so geschützt wie die nächsten Angehörigen. Dies führt dann wieder zu Unbilligkeiten gegenüber den Gläubigern des Versicherungsnehmers [149]).

---

[145]) RG 51, 404/05.

[146]) Oertmann, Mittelbare Zuwendungen, S. 71/72; vgl. auch Warneyer, AnfG, § 1, Erl. I (S. 27), sowie Heck (S. 149): „Die Verträge zugunsten Dritter dienen den indirekten Vermögenszuwendungen vom Stipulanten an den Destinatär und müssen grundsätzlich den gleichen Beschränkungen unterworfen sein, die für unmittelbare Zuwendungen gelten ... Deshalb dürfen die Verträge zugunsten Dritter keine stärkere Wirkung ausüben als die direkten Zuwendungen.“ Vgl. ferner Heck, S. 298.

[147]) Wie Gierke (S. 56/57) es tut.

[148]) Er wird überhaupt nicht erreicht, wenn der Dritte rein zufällig nicht gleich bei Abschluß der Versicherung, sondern erst nachträglich benannt worden ist, weil dann der Dritte nach Ansicht des Reichsgerichts die ganze Summe aus dem Vermögen des Erblassers erlangt; vgl. RG 62, 46; 66, 158.

[149]) Vgl. Gierke, S. 53, Anm. 241.

In Bezug auf Reformvorschläge für die Gestaltung des künftigen Versicherungsrechts führt Gierke[150]) daher Folgendes aus:

„Es ist unbillig, daß nach dem Tode des Versicherungsnehmers seinen Gläubigern eine Zugriffsmöglichkeit genommen ist, ohne daß dabei zwischen einer Versicherung zugunsten naher Angehöriger und anderer Personen unterschieden wird. Denn grundsätzlich müssen die Rechte, über welche der Versicherungsnehmer frei verfügen kann, auch von seinen Gläubigern zur Befriedigung benutzt werden können, und zwar nicht nur bei Lebzeiten, sondern auch nach dem Tode des Versicherungsnehmers. Eine Ausnahme von diesem Grundsatz kann nur aus sozialpolitischen Gründen gerechtfertigt werden, wenn die Lebensversicherung zugunsten naher Angehöriger abgeschlossen ist".

Diese Forderung, die Gierke auf der Grundlage des geltenden Rechts nicht als erfüllbar ansieht, ergibt sich indessen aus der hier vertretenen Auffassung heraus von selbst.

Wie oben S. 40 ff. dargelegt worden ist, ist auch bei den dem § 331 unterfallenden Verträgen die Frage nach der causa des Rechtserwerbs des Dritten im Valutaverhältnis von ausschlaggebender Bedeutung. Demgemäß ist zu untersuchen, wie sich diese Feststellung auf die Lebensversicherungsverträge auswirkt.

Mit rechtlichem Grunde erwirbt der Dritte zweifellos dann, wenn sich der Versicherungsnehmer ihm gegenüber zum Abschluß des Vertrages verpflichtet hatte. Dieser Fall bietet jedoch keine Besonderheiten. Es ist vielmehr zu prüfen, inwieweit auch nichtvertragliche Pflichten einen Rechtsgrund bilden können.

Als eine solche causa kommt vor allem die Unterhaltspflicht gegenüber Familienangehörigen in Betracht. Nach §§ 1360, 1615 BGB erlischt sie allerdings mit dem Tode des Verpflichteten. Dies hindert nicht, es wenigstens als eine sittliche Pflicht zu erachten, über den eigenen Tod hinaus für die wirtschaftliche Sicherstellung der bis dahin unterhaltsberechtigten Personen zu sorgen[151]). Es fragt sich, ob man in der Erfüllung dieser sittlichen Pflicht eine causa acquirendi erblicken darf.

In Anlehnung an das Römische Recht unterscheidet man auch im heutigen bürgerlichen Recht innerhalb der schuldrechtlichen Verbindlichkeiten zwei große Gruppen: die vollkommenen und die unvollkommenen. Das Wesen der ersteren besteht vor allem darin, daß der Gläubiger den Schuldner auf Erfüllung verklagen kann,

[150]) S. 91.
[151]) So auch Gierke, S. 48.

während ihm dies bei den sog. unvollkommenen Verbindlichkeiten verwehrt ist. Die letzteren stehen aber den vollkommenen insofern gleich, als sie wirksam erfüllt werden können. Das zum Zwecke ihrer Erfüllung geleistete stellt eine entgeltliche Zuwendung, folglich niemals eine Schenkung dar[152]). Die praktisch wichtigste Folge dieser Angleichung ist, daß die in Erfüllung einer unvollkommenen Verbindlichkeit, wie z. B. einer Spiel- oder Wettschuld, vorgenommene Zuwendung nicht der Anfechtung nach § 32 KO und § 3 Nr. 3 AnfG unterliegt.

Es bleibt zu untersuchen, ob eine sittliche Pflicht, namentlich die zur Sicherstellung des Unterhaltes der eigenen Familie für die Zeit nach dem Tode, den unvollkommenen Verbindlichkeiten gleichgestellt werden kann.

Der nur einer sittlichen Pflicht entsprechenden Zuwendung wird im allgemeinen unter Bezugnahme auf § 534 BGB, wonach Schenkungen, durch die einer sittlichen Pflicht oder einer auf den Anstand zu nehmenden Rücksicht entsprochen wird, nicht der Rückforderung und dem Widerrufe unterliegen, der Charakter einer entgeltlichen Leistung abgesprochen; die sittliche Pflicht habe insofern mit der Rechtspflicht nichts gemein[153]). Die praktisch bedeutsamste Folge ist, daß jemand ein im Spiel gewonnenes Vermögen ungestört genießen darf, während die Angehörigen dessen, der seine Existenz so leichtfertig vernichtet hat, die ihnen vom Spieler über eine Lebensversicherung gemachten Zuwendungen u. U.[154]) herausgeben müssen.

Eine Unterscheidung zwischen unvollkommenen Verbindlichkeiten und sittlichen Pflichten entbehrt jedoch der gesetzlichen Grundlage.

Zur Widerlegung ist zunächst mit Liebisch[155]) darauf hinzuweisen, daß § 534 BGB nichts weiter besagt, „als daß die genannten Zuwendungen, sofern sie Schenkungen sind, von gewissen Schenkungsvorschriften ausgenommen sein sollen. Aber darüber, wann sie Schenkungen sind, sagt er gar nichts. Das bestimmt sich lediglich nach allgemeinen Grundsätzen". Aus § 534

---

[152]) Vgl. Planck, § 516, Erl. 3; RGRK, § 516, Erl. 4; v. Tuhr II, 2, S. 68/69 und 148; Jaeger, KO, § 32, Anm. 4 ff.; Liebisch, S. 43; Enneccerus II, § 3, II (S. 13).

[153]) Vgl Planck, § 516, Erl. 3, § 1624, Erl. 5; Enneccerus IV, § 77, II (S. 311); RGRK, § 516, Erl. 4; Oertmann, Engeltl. Geschäfte, S. 92; v. Tuhr, a. a. O.; RG 80, 218; 125, 383/84.

[154]) § 32 KO, § 3 AnfG.

[155]) S. 44.

ergibt sich somit nur, daß Zuwendungen, die einer sittlichen Pflicht oder einer auf den Anstand zu nehmenden Rücksicht entsprechen, Schenkungen sein können, nicht aber, daß sie es notwendigerweise sein müssen[156]).

Mit Siber[157]) ist sodann auf § 814 BGB Bezug zu nehmen, wo ausdrücklich auch solche Leistungen erwähnt werden, die zur Erfüllung einer Verbindlichkeit gemacht werden, obwohl der Leistende „gewußt hat, daß er zur Leistung nicht verpflichtet" war. In diesem Falle kann die zum Wesen der Schenkung gehörige Parteivereinbarung über die Unentgeltlichkeit nicht vorliegen. Denn Leistungen „zum Zwecke der Erfüllung einer Verbindlichkeit" müssen mindestens vom Geber als entgeltliche beabsichtigt sein. Die Absicht aber, eine unentgeltliche Zuwendung vorzunehmen, wäre mit dem Erfüllungszweck unvereinbar „und ihre Deutung als Schenkung wäre eine Umdeutung in das Gegenteil von dem, was der Geber beabsichtigt"[158]).

Die Gleichstellung sittlicher Pflichten mit unvollkommenen Verbindlichkeiten ergibt sich auch aus einem Vergleich der §§ 814 und 534 BGB.

Nahm z. B. jemand bei Erbringung einer Leistung nur irrtümlich an, er sei dazu verpflichtet, so steht ihm ein Rückforderungsanspruch nach §§ 812, 813 BGB zu. Rechtsgrund des Anspruchs ist dabei allein der äußere Umstand, daß eine Verbindlichkeit zur Zeit der Leistung in Wahrheit nicht bestand. Die Rückforderung ist jedoch nach § 814 dann ausgeschlossen, wenn anstatt der vermeintlichen rechtlichen Verpflichtung immerhin eine sittliche oder Anstandspflicht bestand[159]).

„Eine Schenkung dagegen kann unter dem Gesichtspunkt der nicht geschuldeten Leistung überhaupt nicht zurückgefordert werden, weil sie ja begrifflich Einverständnis über die Unentgeltlichkeit voraussetzt. Auf sie kann daher § 814. der eine vom Geber als entgeltliche, als Erfüllung gewollte Leistung betrifft, niemals Anwendung finden"[160]). Die Besonderheit des § 534 liegt allein darin, daß er die für die gewöhnliche Schenkung zugelasse-

---

[156]) So außer Liebisch, a. a. O., auch Endemann I, § 99, Anm. 18; Gierke, S. 50/51; Jaeger, KO, § 32, Anm. 5; Schmidt, RG-Praxis II, S. 38; Voß, LZ 1908, S. 213 ff.

[157]) Rechtszwang, S. 50 ff.; vgl. auch Liebisch, S. 44 ff.

[158]) Siber, S. 51; vgl. auch Liebisch, S. 46 ff.; Jaeger, KO, § 32, Anm. 5.

[159]) Siber, S. 51.

[160]) Siber, a. a. O.

nen Rückforderungsgründe der Verarmung des Schenkers (§ 528) und des Undankes des Beschenkten (§ 530) ausschließt.

Daraus ergibt sich für das Verhältnis der §§ 534 und 814 BGB folgendes [161]):

1. Leistungen auf eine unvollkommene Verbindlichkeit zum Zwecke ihrer Erfüllung in der irrigen Annahme, es handele sich um vollkommene, werden von § 814 erfaßt, wonach die Rückforderung wegen irriger Erfüllung einer sittlichen oder Anstandspflicht ausgeschlossen ist.

2. War sich der Leistende dessen bewußt, daß er nur eine unvollkommene Verbindlichkeit, eine sittliche oder Anstandspflicht erfülle, so findet nur die weiter in § 814 BGB enthaltene Vorschrift über den Ausschluß der Rückforderung wissentlicher Erfüllung einer Nichtschuld Anwendung.

3. Waren sich beide Parteien über die Unentgeltlichkeit der Zuwendung einig, so ist nach § 534 BGB jegliche Rückforderung ausgeschlossen, obwohl bei sonstigen Schenkungen gewisse Rückforderungsmöglichkeiten bestehen.

Der Gesetzgeber läßt hiernach allein innere Parteiabsichten maßgebend sein, ohne zwischen den sog. unvollkommenen Verbindlichkeiten und bloßen sittlichen oder Anstandspflichten zu unterscheiden [162]). Es dürfte daher nichts im Wege stehen, die Erfüllung der letzteren ebenso zu beurteilen wie die Erfüllung der ersteren [163]). Auch die zur Erfüllung einer sittlichen Pflicht erbrachte Leistung ist somit entgeltlichen und nicht unentgeltlichen Charakters [164]).

---

[161]) Siber, S. 52.

[162]) Vgl. auch die Schrift von Siber „Naturalis obligatio", wo nachgewiesen wird, daß die deutsche Rechtswissenschaft „trotz allem Bemühen einen brauchbaren Unterscheidungsmaßstab" zwischen unvollkommenen Verbindlichkeiten und sittlichen Pflichten nicht zu finden vermag (a. a. O., S. 84).

[163]) Vgl. Liebisch, S. 45; Endemann I, § 99, 2 c, d (S. 586 ff.); Jaeger, Lehrb., S. 149; Cosack I, § 128, IV (S. 326); Voß, LZ 1908, Sp. 215 ff.; Rümelin, Arch. Z. Pr., Bd. 96, S. 303; Klingmüller, S. 231 ff.; so im Ergebnis anscheinend auch Enneccerus II, § 3, II, 4e (S. 14), wenn er meint, daß die sittliche Pflicht „ein hinreichender Erwerbsgrund (causa acquirendi)" ist. Mentzel, § 32, Anm. 3, bezeichnet zwar Zuwendungen, durch die einer sittlichen Pflicht oder auf den Anstand zu nehmenden Rücksicht entsprochen wird, als unentgeltlich, meint aber, daß sie trotzdem „im Bereiche des § 32 KO" nicht anfechtbar seien. — A. A.: Hartmann-Meikel, § 3, Erl. 25 (S. 187); OLG Dresden, LZ 1910, S. 243, Nr. 4.

[164]) So auch Gierke, S. 50 ff.; Schmidt, S. 38; Jaeger, KO, § 32, Anm. 5, Anfecht. G., § 3, Anm. 50. Vgl. ferner RG JW 1913, S. 855: „Eine Leistung, der keine Gegenleistung im Rechtssinne gegenübersteht, ... und für die weder eine rechtliche, noch eine sittliche, noch eine Anstandsverpflich-

Die Zulässigkeit dieser Gleichstellung ergibt sich ferner aus § 1624 BGB. Danach gilt eine dem eigenen Kinde gewährte Ausstattung „auch wenn eine Verpflichtung nicht besteht, nur insoweit als Schenkung, als die Ausstattung das den Umständen, insbesondere den Vermögensverhältnissen des Vaters oder der Mutter entsprechende Maß übersteigt". Hier wird man nicht umhin können zuzugeben, daß das Gesetz eine sittliche Pflicht der Rechtspflicht gleichstellt. Das zum Zwecke ihrer Erfüllung Geleistete stellt daher zum mindesten in diesem Falle keine unentgeltliche, sondern eine entgeltliche Zuwendung dar[165]). Unserem heutigen Rechtsbewußtsein dürfte es aber nicht widersprechen, in der Vorschrift des § 1624 den Niederschlag eines allgemeinen Rechtsgedankens zu erblicken, der dahin geht, daß die Erfüllung einer sittlichen Pflicht nicht anders zu behandeln ist als die Erfüllung einer Rechtspflicht[166]).

Daraus folgt, daß Lebensversicherungsverträge, die zu dem Zwecke abgeschlossen werden, einer sittlichen Pflicht zu genügen, dem Dritten einen rechtsbeständigen Anspruch verschaffen, d. h. einen Anspruch, der weder nach § 812 BGB, noch nach § 32 KO, noch nach § 3 AnfG angreifbar ist. Den Rechtsgrund im Valutaverhältnis bildet eben die sittliche Pflicht. Sofern daher der Versicherungsnehmer Familienangehörige, langjährige Hausangestellte oder ihm sonst nahestehende Personen, die von ihm zeitlebens

tung besteht, ist unentgeltlich zugewendet. ... Es genügt zum Zustandekommen einer Schenkung, ... das Bewußtsein beider Teile, daß der versprochenen Leistung keinerlei Verpflichtung rechtlicher oder s i t t l i c h e r Art zugrunde liege." Der gleiche Grundsatz wird vom Reichsgericht wiederholt in der Entscheidung JW 1917, S. 710, Nr. 7, sowie Recht 1920, Nr. 2356. Danach sieht auch das Reichsgericht die Erfüllung einer sittlichen Pflicht als entgeltliche Leistung an.

[165]) So Staudinger, § 1624, Erl. 3; Endemann II, 2, S. 540; Jaeger, KO, § 32, Anm. 5, AnfG, § 3, Anm. 50; Schmidt, S. 41; Kuhlenbeck, § 1624, Erl. 1; Pahl, DJZ 1922, S. 343 ff.; Liebisch, S. 47/48; Mentzel, § 32, Anm. 7; Voß, LZ 1908, S. 215 ff.; Siber, Iherings Jahrb., Bd. 70, S. 239, Anm. 1, 275, 277, in Abweichung von „Rechtszwang", S. 54; Klingmüller, S. 244; RGRK, § 1624, Erl. 3; vgl. ferner Mot. IV, S. 718 ff., und Prot. IV, S. 323. — A. A.: Hellmann, S. 333; Planck III, § 1624, Erl. 5; Enneec. IV, § 77, II (S. 311); v. Tuhr II, 2, S. 149; Haymann, Iherings Jahrb., Bd. 56, S. 127/28; RG 80, 218; JW 1916, S. 589; Oertmann, Rechtsgesch., S. 92, wo jedoch bemerkt wird: „Vielleicht ist eine ausdehnende Auslegung des § 1624 dahin nicht zu kühn, daß überhaupt das ganze Sonderrecht der unentgeltlichen Zuwendungen, auch wenn sie nicht gerade Schenkungen sind, mit Rücksicht auf den sittlichen Charakter, den schutzwürdigen Zweck des Aktes dafür nicht entgelten sollen."

[166]) So im Ergebnis auch Gierke, S. 51. Nur will er in Anlehnung an den von Oertmann (a. a. O.) aufgeworfenen Gedanken den § 1624 in diesem Sinne erweiternd auslegen. Vgl. ferner Schmidt, S. 45, der meint, daß § 1624, Abs. 2, „auf a l l e sittlichen Pflichten entsprechend angewandt werden" muß.

unterhalten wurden, als Dritte benannt hat, liegt ein kausaler, und zwar entgeltlicher Erwerb vor, sodaß der mit dem Abschluß der Versicherung verfolgte Fürsorgezweck restlos gesichert ist[167]).

Übersteigt indessen die Höhe der Zuwendung das Maß dessen, was die sittliche Pflicht gebietet, oder fehlt es überhaupt an einer solchen, so kommt insoweit immer noch eine Schenkungscausa in Betracht; denn eine Schenkung von Todes wegen würde nach dem oben S. 42 Gesagten nur dann vorliegen, wenn die Zuwendung dadurch bedingt war, daß der Dritte den Versicherungsnehmer überlebe.

Die Tatsache allein, daß ein Angehöriger als Dritter benannt ist, steht also der Anfechtung noch nicht ohne weiteres entgegen. Schließt beispielsweise jemand bei einem Einkommen von jährlich 3000 RM zugunsten seiner Ehefrau eine Versicherung in Höhe von 100 000 RM ab, so wird man nur einen Teilbetrag von etwa 40 000 RM als entgeltlich erworben ansehen können, weil dieser Betrag — unter Zugrundelegung einer Verzinsung von 5% — zur Aufrechterhaltung der bisherigen Lebensführung vollauf ausreichen dürfte.

Liegt im Valutaverhältnis weder eine Schenkung unter Lebenden noch eine unter Beobachtung des § 2301 Abs. 1 BGB, also in erbrechtlicher Form angeordnete Schenkung von Todes wegen vor, so hat der Dritte den Anspruch gegen den Versicherer ohne rechtlichen Grund erworben, sodaß er verpflichtet ist, ihn wegen ungerechtfertigter Bereicherung an die Erben abzutreten. Auf Anfechtungsansprüche sind daher die Gläubiger nur angewiesen, wenn tatsächlich einmal eine Schenkung vorlag.

Diese Lösung dürfte auch den berechtigten Interessen aller Beteiligten gerecht werden, zum mindesten aber in befriedigenderer Weise als es z. Zt. auf Grund der — noch dazu in sich widerspruchsvollen — Rechtsprechung des Reichsgerichts der Fall ist.

Zunächst wird der Fürsorgezweck der Versicherung lückenlos gewährleistet. Der Versicherungsnehmer kann gewiß sein, daß die ihm nahestehenden Personen, die auf die Versicherungssumme im Falle seines Ablebens angewiesen sind, durch die Nachlaßgläubiger nicht ruiniert werden können. Daß dieses Interesse den Interessen der Nachlaßgläubiger vorgehen soll, kommt in § 167

[167]) So auch Gierke, S. 52; vgl. ferner: Jaeger, AnfG, § 3, Anm. 76 a. E. A. A.: Hartmann-Meikel, § 3, Erl. 29 (S. 194), und Warneyer, AnfG, § 3, Erl. IV, 4 (S. 124), obwohl a. a. O., Erl. 1 (S. 119) ausgeführt wird, daß „Schenkungen, die einer sittlichen Pflicht oder einer auf den Anstand zu nehmenden Rücksicht" entsprechen, der Schenkungsanfechtung entzogen sind.

VVG klar zum Ausdruck. Die derzeitige Rechtsprechung kann dem nur in beschränktem Umfange Rechnung tragen.

Die Hintansetzung der Gläubiger hat aber auch in dem Fürsorgezweck der Versicherung ihre Grenze. Wo der Versicherung der Fürsorgecharakter ermangelt, besteht kein Bedürfnis, den Bezugsberechtigten anders zu behandeln als sonstige durch Verträge zugunsten Dritter begünstigte Personen[168]). Die Rechtsprechung des Reichsgerichts dagegen führt mit ihrer Gleichbehandlung aller Bezugsberechtigten insoweit zu einer rechtspolitisch nicht zu rechtfertigenden Benachteiligung der Nachlaßgläubiger.

§ 22. Ergebnis.

Nach Ansicht Boehmers[169]) sind alle Rechtsgeschäfte, die oben S. 38 als „Umgehungstatbestände" bezeichnet wurden, nichtig. Diese Meinung steht mit dem Wesen des Vertrages zugunsten Dritter im Widerspruch. Ob mit der Leistung des Versprechenden die Zwecke letztwilliger Zuwendungen erreicht werden sollen, kann nur aus dem Valutaverhältnis hervorgehen. Formverstöße im Valutaverhältnis können jedoch auf die Gültigkeit des Deckungsverhältnisses keinen Einfluß haben.

Davon abgesehen, führt die Ansicht Boehmers zu vielfachen praktischen Schwierigkeiten. Der Versprechende kann niemals beurteilen, ob der Dritte im Valutaverhältnis mit rechtlichem Grunde erwirbt oder nicht. Weder die Vorlage des Testamentes noch eines Erbscheins kann ihm darüber Gewißheit verschaffen; denn das Testament kann widerrufen sein und der Erbschein gibt keine Auskunft über Vermächtnisse. Um allen Weiterungen zu entgehen, wird er daher vorsichtshalber in allen Fällen des § 331 BGB. hinterlegen ohne Rücksicht darauf, ob im Valutaverhältnis eine Schenkung unter Lebenden, ein Treuhandverhältnis, eine entgeltliche Verfügung oder sonst dergl. vorliegt. Solche

---

[168]) Vgl. Jaeger, KO, § 32, Anm. 26: Nur „in den Grenzen angemessener Fürsorge für die Hinterbliebenen des Versicherungsnehmers" soll die Lebensversicherung dem Zwangszugriff seiner Gläubiger entzogen werden. Ferner Boehmer, Einl. § 28, Erl. 8: „Der Wunsch, Ehegatten, Abkömmlingen, Verwandten oder anderen nahestehenden Personen ein Kapital für ihren Lebensunterhalt sicherzustellen . . ." Also nur zu diesem Zwecke soll den Lebensversicherungsverträgen eine Sonderstellung eingeräumt werden gegenüber sonstigen Verträgen zugunsten Dritter.

[169]) Einl. § 28, Erl. 13 ff.

Folgen sind für das Wirtschaftsleben untragbar, ergeben sich aber zwangsläufig aus der von Boehmer vertretenen Auffassung.

Demgegenüber dürften die Ausführungen des Verfassers gezeigt haben, daß durchaus nicht alle Leistungen, die im Wege des Vertrages zugunsten Dritter auf den Todesfall bewirkt werden, der Herbeiführung spezifisch letztwilliger Zuwendungen dienen, daß sie auch keine Rechtsgeschäfte eigener Art darstellen, sondern den verschiedensten im BGB geregelten Vertragstypen unterfallen. Angesichts dieser Verschiedenheit der Tatbestände ist es nicht möglich, alle Verträge nach § 331 gleich zu behandeln.

Um Klarheit darüber zu gewinnen, wie der einzelne Tatbestand jeweils zu beurteilen ist, brauchen nur zwei Gesichtspunkte beachtet zu werden:

Zunächst ist zu bedenken, daß der Versprechende stets nur eine Mittlerrolle spielt und durch seine Einschaltung das wirtschaftliche Endergebnis nicht beeinflußt werden kann; die (unmittelbare) Leistung des Versprechenden ist zugleich eine (mittelbare) des Versprechensempfängers. Was der Dritte erhält, erhält er immer auf Kosten des Versprechensempfängers. Die Vermögensverschiebung ist so zu beurteilen, wie wenn sie sich unmittelbar zwischen diesen Personen vollzogen hätte.

Sodann ist zu beachten, daß unter letztwilligen Zuwendungen in Anbetracht der Vorschrift des § 2301 BGB nur unentgeltliche Verfügungen unter der Bedingung des Todes des Versprechensempfängers und des Überlebens des Dritten zu verstehen sind.

Ist auf Grund dieser Erwägungen im Einzelfalle festzustellen, daß der Versprechende nur eine letztwillige Zuwendung seitens des Versprechensempfängers an den Dritten vermittelt, so ist er zwar infolge der Eigenart des Vertrages zur Leistung an den Dritten verpflichtet und dieser seinerseits zur Forderung der Leistung berechtigt, doch ist auch hier der Erwerb des Dritten so zu beurteilen, als ob er unmittelbar aus dem Vermögen des Versprechensempfängers stammt. Da aber eine letztwillige Zuwendung nur in der Form des Testamentes oder Erbvertrages angeordnet werden kann, erwirbt der Dritte bei Fehlen einer solchen förmlichen Erklärung des Versprechensempfängers die Leistung des Versprechenden den Erben gegenüber ohne rechtlichen Grund, sodaß diese sie von ihm wegen ungerechtfertigter Bereicherung herausverlangen können.

Die Annahme, daß sich bei einer letztwilligen Zuwendung durch Vermittlung eines Dritten (§ 331 BGB) die Beobachtung erbrechtlicher Verfügungsformen erübrige, entbehrt jeder Grundlage.

Befürchtet der Erblasser, die bloß testamentarisch oder erbvertraglich angeordnete Zuwendung könnte von den Erben beeinträchtigt werden, so steht es ihm frei, die Rechtsstellung des Bedachten dadurch zu festigen, daß er außerdem noch den zuzuwendenden Gegenstand einer Vertrauensperson übergibt und mit ihr eine Vereinbarung im Sinne von § 331 trifft. Er kann auch den Erben selbst als Dritten benennen, um ihm auf diese Weise die Legitimation zur Entgegennahme von Nachlaßgegenständen zu erleichtern.

Vielfach stellt jedoch der Erwerb des Dritten gar keine letztwillige Zuwendung dar.

Dies gilt zunächst ganz allgemein für die Gutsüberlassungsverträge und die zu Legitimationszwecken abgeschlossenen Verträge zugunsten Dritter auf den Todesfall im Bankverkehr, ferner aber auch für alle Lebensversicherungsverträge zugunsten naher Angehöriger, sofern und insoweit die Versicherungssumme dem Ersatz des vom Erblasser bis zu seinem Tode gewährten Unterhaltes dient.

3. Kapitel.

Rechtspolitische Betrachtung.

§ 23. Vorbemerkung.

Nachdem so in rein positivistischer Weise nachgewiesen worden ist, daß das geltende Recht gar keine Möglichkeit bietet, letztwillige Vermögensverschiebungen mit einer die Erben bindenden Wirkung vorzunehmen, ohne die für Verfügungen von Todes wegen speziell vorgeschriebenen Formen zu beobachten, soll nunmehr die Frage erörtert werden, ob sich eine solche Beschränkung auch rechtspolitisch rechtfertigen läßt.

Die Untersuchung wird von zwei verschiedenen Gesichtspunkten aus durchgeführt werden.

Im Hinblick auf die ausführliche Darstellung von Boehmer in der 1. Lieferung zum Band V der 10. Auflage des Kommentars von Staudinger (Einl. § 25) wird zunächst die Frage geprüft, ob die Vornahme unentgeltlicher letztwilliger Zuwendungen in der Form von Rechtsgeschäften unter Lebenden Gefahren für die Rechtsstellung der Nachlaßbeteiligten mit sich bringen kann.

Alsdann werden alle übrigen in Betracht kommenden Gesichtspunkte gewürdigt, insbesondere der Zweck der erbrechtlichen Formvorschriften und etwaige Interessen des Erblassers an formfreien Verfügungen von Todes wegen.

§ 24. Gefährdung der Nachlaßbeteiligten.

Die Prüfung der Frage, inwiefern die Nachlaßbeteiligten ein Interesse daran haben können, daß der Erblasser Zuwendungen auf den Todesfall nur in der Form des Testamentes oder Erbvertrages vornimmt, kann nur für jede einzelne der in Betracht kommenden Personengruppen gesondert durchgeführt werden.

1. Erben.

Eine Gefährdung ihres Interesses am Anfall einer möglichst großen Erbschaft könnte sich schon daraus ergeben, daß etwa eine Zuwendung leichter durch Rechtsgeschäft unter Lebenden als durch Testament oder Erbvertrag vorgenommen werden kann, sodaß die Notwendigkeit der Beobachtung erbrechtlicher Formen einen gewissen Schutz gegen übereilte Vermögensminderungen bieten würde[1]).

Die erbrechtlichen Formen bedeuten insofern eine Erschwerung, als der letzte Wille stets in einer (privaten oder öffentlichen) Urkunde niedergelegt werden muß (§§ 4 ff. TG)[2]), während eine Schenkung unter Lebenden auch realiter vollzogen werden kann (§§ 516, 518 Abs. 2 BGB)[3]). Andererseits aber bedarf ein Schenkungsversprechen unter Lebenden der gerichtlichen oder notarischen Beurkundung (§ 518), während ein Schenkungsversprechen von Todes wegen in einem eigenhändigen Schreiben gültig abgegeben werden kann (§ 2301 BGB, § 21 TG).

Formerschwerungen auf der einen Seite stehen somit Formerleichterungen auf der anderen Seite gegenüber, sodaß praktisch ein Ausgleich gegeben ist.

Ähnlich verhält es sich mit der Bindung des Verfügenden an seinen einmal zum Ausdruck gebrachten Willen: Ein Schenkungsversprechen unter Lebenden ist zwar nur in dem seltenen Ausnahmefall des § 530 (grober Undank) widerruflich[4]), während eine testamentarische Verfügung jederzeit geändert werden kann. Ist aber der Erblasser einen Erbvertrag eingegangen, so ist der Bedachte gegen spätere beeinträchtigende Verfügungen von Todes wegen ebenfalls grundsätzlich geschützt (§ 2289 I 2). Ein einseitiger Rücktritt ist nur unter den besonderen Voraussetzungen der §§ 2293—95 zulässig. Nur wenn der Bedachte nicht selbst als Partei am Erbvertrag beteiligt war, kann ihm der Erblasser das Recht im bloßen Einvernehmen mit dem Vertragspartner gemäß §§ 2290, 2291 ohne seine Zustimmung wieder entziehen[5]).

Nicht ganz so ausgeglichen ist das Verhältnis hinsichtlich der

---

[1]) Vgl. Boehmer, Einl. § 25, Erl. 6.

[2]) TG = Gesetz über die Errichtung von Testamenten und Erbverträgen, RGBl. 1938, I, S. 973.

[3]) Ein gutes Beispiel für die Bedeutung dieses Unterschiedes bietet der schon mehrfach erwähnte Bonifatiusvereinsfall (RG 83, 223).

[4]) Außerdem besteht ein Leistungsverweigerungsrecht nach § 519 wegen Verarmung des Schenkers.

[5]) Vgl. Boehmer, a. a. O., Erl. 7.

sachlichen Abhängigkeit der Zuwendung vom Vermögensbestande des Verfügenden:

Wird die Schenkung eines Einzelgegenstandes versprochen, so ist das Versprechen gültig, auch wenn dem Schenker der Gegenstand z. Zt. des Versprechens nicht gehört. Entfernt der Schenker ihn nachträglich aus seinem Vermögen oder macht er sonst die ordnungsmäßige Erfüllung unmöglich, so haftet er bei Vorsatz oder grober Fahrlässigkeit auf vollen Schadensersatz wegen Nichterfüllung (§§ 521, 280). Und diese Ersatzpflicht geht auf den Erben über.

Das Vermächtnis inbezug auf einen nicht in den Nachlaß gefallenen Einzelgegenstand ist dagegen nach § 2169 I unwirksam, auch wenn sich der Erblasser seiner erst nach der Testamentserrichtung entledigt oder zur Veräußerung schuldrechtlich verpflichtet (§ 2169 IV) hat. Eine Ausnahme gilt aber für das Verschaffungsvermächtnis gemäß §§ 2170, 2182 II BGB und erbvertragliche Vermächtnisse. Hat bei letzteren der Erblasser den zugewendeten Gegenstand in der Absicht beseitigt, den Bedachten zu beeinträchtigen, so haften die Erben hierfür nach näherer Vorschrift des § 2288.

Bei Gattungs-, also insbesondere Geldzuwendungen ist der Schenker nur im Falle nachträglicher Verarmung ganz oder teilweise zur Erfüllungsverweigerung berechtigt (§ 519). Hat aber der Erblasser bei Lebzeiten von diesem Recht noch keinen Gebrauch gemacht, so können die Erben eine Beschränkung ihrer Haftung auf die Mittel des Nachlasses nur durch Beantragung von Nachlaßkonkurs oder Nachlaßverwaltung erreichen (§ 1975). Handelte es sich um ein Vermächtnis, so haftet der Erbe für Rechts- und Sachmängel immerhin gleich einem Verkäufer (§§ 2182, 2183); allerdings nicht mit seinem eigenen Vermögen, sofern ihn nicht wegen eigenen Verschuldens persönliche Haftung trifft. Die Haftungsbeschränkung unterliegt obendrein dem vereinfachten Verfahren nach § 1992 BGB: Der Erbe kann den Nachlaß dem Vermächtnisnehmer ausantworten.

Die Erfüllung des Vermächtnisses oder einer Auflage kann der Erbe ferner soweit verweigern, daß die Pflichtteilslast von ihm und dem Vermächtnisnehmer verhältnismäßig getragen wird, wobei gegenüber einem pflichtteilsberechtigten Vermächtnisnehmer die Kürzung nur soweit zulässig ist, daß ihm der Pflichtteil verbleibt (§ 2318). Gegenüber lebzeitigen Schenkungen des Erblassers

hat dagegen der Erbe diesen Pflichtteilsergänzungsanspruch nur, wenn sein eigenes Pflichtteilsrecht verletzt ist (§ 2329 I).

Ungünstiger ist die Stellung des Erben hinsichtlich lebzeitiger Schenkungen insofern, als regelmäßig nur die Schenkungsgläubiger, die Vermächtnisnehmer oder Auflagebedachten dagegen nur ausnahmsweise, die Eröffnung des Nachlaßkonkurses beantragen können (§§ 217, 219 KO), und zwar dann, wenn über das Vermögen des Erben das Konkursverfahren eröffnet ist. Die Vermächtnisnehmer kann er zudem in der Weise befriedigen, daß er den Nachlaßrest ihrem Zugriffe aussetzt oder sie mit dessen Geldwert abfindet. Beruht die Überschuldung des Nachlasses nur auf Vermächtnissen und Auflagen, so braucht er keinen Konkurs zu beantragen, sondern kann diesen Gläubigern den Nachlaß einfach zur Befriedigung überlassen bezw. mit dessen Wert abfinden (§§ 1980, 1992). Gegenüber sonstigen Nachlaßgläubigern hat er dieses Recht nur bei Dürftigkeit des Nachlasses (§§ 1975, 1990).

Alles in allem ergibt sich hieraus, daß es für die Erben am vorteilhaftesten ist, wenn der Erblasser nur in erbrechtlichen Formen Verfügungen von Todes wegen vornehmen darf.

2. Pflichtteilsberechtigte.

Der Berechnung des Pflichteils wird nach § 2311 der Bestand und der Wert des Nachlasses zur Zeit des Erbfalles zugrunde gelegt. Lebzeitige Zuwendungen belasten aber das Vermögen des Erblassers schon vor Eintritt des Erbfalles. Sie vermindern daher den Nachlaß auch im Verhältnis zu den Pflichtteilsberechtigten. Zuwendungen in der Form von Vermächtnissen und Auflagen dagegen werden bei der Feststellung der Höhe des Nachlasses nicht abgezogen. Der Erbe kann sie auch zwecks Erfüllung des Pflichtteilsanspruchs gemäß § 2318 kürzen.

Hiernach bringen allerdings Schenkungen unter Lebenden im Gegensatz zu Vermächtnissen und Auflagen eine erhebliche Benachteiligung der Pflichtteilsberechtigten mit sich. Doch wird dieser Unterschied wieder ausgeglichen durch den Pflichtteilsergänzungsanspruch gemäß §§ 2325 ff. Da sich dieser Anspruch grundsätzlich ebenso gegen den Erben richtet wie der Pflichtteilsanspruch selbst, wird er im allgemeinen auch nicht schwieriger und umständlicher durchzusetzen sein als jener[6]).

Davon abgesehen bleibt immer noch ein praktisch sehr bedeutsamer Unterschied bestehen und zwar der verfahrensrechtliche:

---

[6]) A. A.: Boehmer, a. a. O., Erl. 17, 1.

Die Pflichtteilsberechtigten gehen Vermächtnisnehmern vor und lebzeitig Beschenkten nach im Nachlaßkonkurs (§ 226 II Nr. 3—5 KO), bei der Vollstreckungspreisgabe gemäß den Vorschriften der §§ 1990, 1991 IV, sowie in den Fällen der §§ 1973, 1974, 1989, die das Verhältnis ausgeschlossener oder erst nach Konkursbeendigung zur Befriedigung gestellter Nachlaßverbindlichkeiten zu den anderen Nachlaßgläubigern regeln[7]).

3. Vermächtnisnehmer.

Sie werden in zweifacher Weise durch lebzeitige Zuwendungen gefährdet:

Einmal stehen sie im Nachlaßkonkurs (§§ 226, II Nr. 3—5 KO) und bei der Vollstreckungspreisgabe (§§ 1990, 1991 IV) auch gegenüber „ausgeschlossenen" Schenkungsgläubigern nach (§§ 1973 I 2, 1974 II BGB, § 226 IV KO), während mehrere Vermächtnisnehmer und Auflagebedachte unter sich gleichmäßig aus dem Nachlaß befriedigt werden; nur diejenigen von ihnen gehen nach, die ihr Recht nicht innerhalb von 5 Jahren (§ 1974) geltend gemacht haben[8]).

Zum anderen liegt die Benachteiligung darin, daß nur Verfügungen von Todes wegen, die einem erbvertraglichen Vermächtnis entgegenstehen, nach § 2289 I 2 unwirksam sind, Schenkungen unter Lebenden dagegen nicht. § 2288 II 2 gewährt zwar den Vermächtnisnehmern gegenüber Schenkungsempfängern einen Bereicherungsanspruch, sofern der Erblasser die Schenkung in der Absicht vorgenommen hatte, das Vermächtnis zu beeinträchtigen. Ein völliger Ausgleich aber wird dadurch nicht erreicht, zumal auch der Anspruch schon innerhalb von 3 Jahren verjährt[9]).

4. Nachlaßgläubiger.

Gewöhnliche Nachlaßgläubiger können erfüllte Vermächtnisse und Auflagen gemäß § 3a AnfG anfechten. Lebzeitige Schenkungen des Erblassers dagegen sind der Anfechtung grundsätzlich nur insoweit ausgesetzt, als sie in dem letzten Jahre vor der Anfechtung vorgenommen worden sind (§ 3 Nr. 3, § 4 AnfG). „Ausgeschlossene" Nachlaßgläubiger treten ferner nur Schenkungsgläubigern, nicht aber Vermächtnisnehmern gegenüber bei der Befriedigung aus dem Nachlaß zurück (§ 1973 I 2 BGB, § 226 IV KO)[10]).

---

[7]) Vgl. Boehmer, a. a. O., Erl. 18.
[8]) Vgl. Boehmer, a. a. O., § 25, Erl. 19.
[9]) Vgl. Boehmer, a. a. O., Erl. 20.
[10]) Vgl. Boehmer, a. a. O., Erl. 21.

Als Gesamtergebnis der durchgeführten Untersuchung ist festzustellen, daß die Belange sämtlicher Nachlaßbeteiligten in mehr oder weniger großem Ausmaße gefährdet sind, wenn unentgeltliche Zuwendungen auf den Todesfall in der Form von Rechtsgeschäften unter Lebenden zugelassen werden.

Das gewonnene Ergebnis kann indessen allein noch nicht genügen, um die Forderung nach einer klaren Grenzlinie zwischen Zuwendungen unter Lebenden und Verfügungen von Todes wegen zu rechtfertigen [11]). Es müßte vielmehr unberücksichtigt bleiben, wenn den Interessen der Nachlaßbeteiligten ein mindestens gleichstarkes berechtigtes Interesse des Erblassers an der Zulassung formfreier Verfügungen von Todes wegen entgegensteht und mit dem Zweck der erbrechtlichen Formvorschriften in Einklang gebracht werden kann.

§ 25. Gefährdung des Gesetzeszweckes.

Daß ein Bedürfnis vorhanden ist, die eigenen Rechtsverhältnisse für den Fall des Todes regeln zu können, bedarf keiner besonderen Erörterung. Ihm wird, wie das Gesetz vom 31. VII. 1938 (Testamentsgesetz) beweist, vom Nationalsozialismus in äußerst weitherziger Weise Rechnung getragen. Der Gesetzgeber stellt dem Erblasser hierfür die Rechtsinstitute von Testament und Erbvertrag zur Verfügung.

Aufgabe dieser genau geregelten Formen ist es, „den Beweis des letzten Willens zu sichern, den Erblasser zur Überlegung anzuhalten und ernstliche Verfügungen durch äußere Kennzeichen abzugrenzen gegen vorläufige Pläne, Augenblicksideen, unverbindliches Inaussichtstellen“ [12]). „Die Ordnung der Vermögensverhältnisse auf den Todesfall soll wegen ihrer weittragenden, für das Schicksal einer mehr oder minder großen Anzahl von Menschen erheblichen Wirkungen nicht in die Hände gewöhnlicher Geschäfte unter Lebenden gelegt werden, die weder der Form noch den sachlichen Schranken nach die nötige Gewähr dafür bieten, daß sie nach reiflicher Überlegung vorgenommen und nicht allzu willkürliche Ausgeburten individueller Zufallslaune sind“ [13]). Dieser

[11]) Wie Boehmer, a. a. O., Erl. 22, meint.
[12]) Enneccerus V, § 13, III a. E.
[13]) Boehmer, Einleitung § 27, Erl. 1.
[14]) Lange, Denkschrift, S. 12.

dem bisherigen Rechtszustande zugrunde liegende Sinn gilt auch für das neue Recht, allerdings noch erweitert durch den Gedanken der „Familienwichtigkeit des Geschäfts“ [14]).

Nicht zum Schutze der Erben also sind die Formvorschriften geschaffen worden [15]). Sie wollen nicht verhindern, daß „die Familienerben um ihren Erbteil, die Pflichterben um ihren Pflichtteil ganz oder zum Teil gebracht werden, die Nachlaßgläubiger als „Nachlaß“, der ihrer Befriedigung unterliegt, nichts oder kaum noch etwas vorfinden“ [16]). Niemand hat ein Anrecht darauf, Erbe oder Vermächtnisnehmer zu werden. Auch bei testamentarischer Verfügung bleibt es dem Erblasser unbenommen, dem eingesetzten Erben oder Vermächtnisnehmer noch kurz vor dem Tode „das Tor zum Erwerb der letztwillig zugewandten Nachlaßgüter vor der Nase zuzuschlagen, indem er sein Vermögen ganz oder zu erheblichen Teilen oder gerade die vermachten Gegenstände einem anderen „auf den Todesfall“ überträgt [17]). Eine Sinnesänderung des Erblassers oder eine Enttäuschung der Erben will das Gesetz nicht im entferntesten verhüten; andernfalls hätte es versucht, die Verfügungsfreiheit dem Inhalte nach stärker einzuschränken.

Was die besondere Ausgestaltung der erbrechtlichen Formvorschriften anbelangt, so hat hier eine wesentliche Rolle auch die Erwägung mitgespielt, wie die Rechtssicherheit am besten zu gewährleisten sei, „weil derjenige, der eigentlich an erster Stelle und nicht selten allein in der Lage wäre, uns Auskunft zu geben, nicht mehr lebt, und weil diejenigen, die über die Sachlage Auskunft geben könnten, selbst aufs höchste interessiert, also selbst Partei sind, sodaß es zur Klarstellung dieser Verhältnisse fast stets an unparteiischen Zeugen fehlt“ [18]).

Termeer [19]) zieht daraus den Schluß, auf die Einhaltung der gesetzlich vorgeschriebenen Formen könne man dann verzichten, wenn die letztwillige Zuwendung über einen Mittelsmann erfolge. In diesem Falle sei, so meint er, der spätere Nachweis fast stets dadurch gesichert, daß der Mittelsmann als Zeuge vernommen werden kann, daß der Auftrag an den Mittelsmann oder die postmortale Vollmacht ihm meist schriftlich erteilt ist und daß in den weitaus meisten Fällen die Mittelspersonen Banken, Sparkassen oder Lebensversicherungsgesellschaften sind, deren Geschäftsbücher einen zuverlässigen Nachweis ermöglichen.

[15]) Wie Boehmer, Einleitung § 25, Erl. 3, meint.
[16]) Boehmer, a. a. O.
[17]) Boehmer, a. a. O.
[18]) So Termeer, S. 28.
[19]) S. 28.

Diese Folgerung ist verfehlt. Gerade der Gedanke der zuverlässigen Beweissicherung hat den Gesetzgeber veranlaßt, die Formerfordernisse gegenüber den Rechtsgeschäften unter Lebenden zu verschärfen. Zur rechtsgeschäftlichen Kundmachung des letzten Willens soll die Einhaltung der für jene ausreichenden Formen nicht genügen[20]). Dies gilt selbst bei Notfällen, wie aus § 24 TG hervorgeht. In solchen besonderen Fällen wollte sich „der Erbrechtsausschuß bei Unterschrift des Erblassers mit 2 Zeugen begnügen und auch ein Nottestament ohne Unterschrift vor 3 Zeugen zulassen (S. 91 ff.); das Gesetz fordert aber stets die Mitwirkung von 3 Zeugen, obwohl diese gerade bei Unfällen im Gebirge nicht allzu leicht aufzutreiben sein werden"[21]). Also nicht einmal dann soll das Zeugnis einer einzigen Person genügen, ohne Rücksicht darauf, ob gegen ihre Glaubwürdigkeit irgendwelche Bedenken bestehen oder nicht. In unverständlichem Widerspruch zu dieser Bestimmung würde es stehen, wenn der Erblasser die Möglichkeit haben sollte, in jedem Falle eine Verfügung von Todes wegen durch Erklärung gegenüber nur einer einzigen Person vorzunehmen.

Im übrigen würde der Mittelsmann, der angeblich die Durchführung des letzten Willens in gleicher Weise garantieren soll wie die Errichtung einer formgemäßen Verfügung von Todes wegen, gerade nicht als unparteiisch gelten können. Die Nichtausführung des Geschäftes kann ihm nur Vorteil bringen. Wenn allein ihm der letzte Wille bekannt gegeben worden ist, braucht er nur jede Kenntnis zu bestreiten oder zu behaupten, der in seinem Besitz befindliche Gegenstand sei ihm selbst zugewendet worden. Niemand könnte das Gegenteil beweisen. Außerdem wäre nicht einzusehen, weshalb nur das Zeugnis eines Mittelsmannes Glauben verdienen und nicht auch jedes andere zuverlässige Beweismittel zugelassen werden soll[22]).

Es fragt sich nunmehr, ob unter diesen Umständen die Zulassung weiterer — formfreier — letztwilliger Verfügungsgeschäfte neben Testament und Erbvertrag überhaupt der Befriedigung eines berechtigten Interesses dienen, ob sie nicht etwa überflüssig sein oder vielleicht sogar die beiden genannten Rechtsinstitute gefährden würde.

Die Frage nach dem Bedürfnis für die Anerkennung form-

[20]) Vergl. Lange, ZAkDR 1938, S. 578.
[21]) Lange, a. a. O., S. 580.
[22]) Vgl. auch Kohlbach, S. 58.

freier letztwilliger Verfügungen[23]) wird in der Literatur vielfach bejaht.

Vor allem beruft man sich auf die bekannte Tatsache, daß viele Menschen davor zurückschrecken, ein Testament zu machen. „In den Kreisen des Landvolks herrsche vielfach der Aberglaube, daß die Errichtung eines Testamentes eine schlimme Vorbedeutung habe, gleichsam den Tod beschleunigen würde. Deshalb werde die Errichtung eines Testamentes stets auf die lange Bank geschoben. Solche ängstliche, abergläubische Menschen seien nur selten dazu zu bringen, schon in gesunden Tagen ein Testament zu errichten. Werde nun ein solcher Mensch plötzlich von einer schweren Krankheit befallen oder erleide er einen Unfall, sodaß er nicht mehr die bei Errichtung eines Testamentes erforderlichen Formalitäten erfüllen könne, so gebe es für ihn keine Möglichkeit mehr, seinen letzten Willen in rechtlich erheblicher Weise fest-

---

[23]) Eine — allerdings nur ganz entfernte — Parellele hierzu würde in der Regelung des ALR zu finden sein.

Nach § 66, I, 12 ALR gab es nur eine ordentliche Testamentsform, und zwar die gerichtliche. Daneben bestanden jedoch noch zwei praktisch sehr bedeutsame erleichterte Testiermöglichkeiten. Die eine lag zunächst darin, daß Teilungsanordnungen der Eltern unter ihren Kindern (§§ 380 ff., II, 2) sowie die Aussetzung von Vermächtnissen bis zu einer den 20. Teil des Nachlasses nicht übersteigenden Höhe (§§ 161, 162, I, 12) in privatschriftlicher Form vorgenommen werden konnten. Die zweite, in diesem Zusammenhange interessantere Abweichung von der Regel des § 66 ergab sich aus den §§ 172, 173, I, 12 ALR. Danach konnte völlig formlos, sogar durch einfache mündliche Erklärung, dem anwesenden Testaments- oder gesetzlichen Erben oder sonst letztwillig Bedachten bis auf den 20. Teil seines Erbteils oder der sonstigen Zuwendung die Entrichtung eines Vermächtnisses auferlegt werden. Außerdem konnten durch eine solche nur gegen den einen Erben ausgesprochenen Anordnung auch die übrigen Erben verpflichtet werden, wenn der Erblasser die Entrichtung des Vermächtnisses aus dem Nachlaß befahl. (Vgl. dazu im einzelnen Förster-Eccius IV, S. 371 ff., 377; Koch, Erbrecht, S. 20 ff., 51 ff.)

Mit der im Text aufgeworfenen Frage hat hiernach die Regelung des ALR nur den Namen „formfreie Verfügung" gemein. Dem inneren Wesen nach bestehen jedoch grundlegende Unterschiede. Die formfreien Verfügungen des ALR treffen nicht das lebzeitige Vermögen des Erblassers und entziehen dieses dem Erbgang, sondern sie verpflichten den, der etwas aus dem Nachlaß bekommt, einen Teil des Erwerbes weiterzugeben. Der Nachlaß als solcher bleibt also unberührt. Außerdem konnte die Verfügung nicht hinter dem Rücken der belasteten Person geschehen, sondern nur von Angesicht zu Angesicht. Nach der oben im Text dagegen dargestellten Ansicht könnte der Erblasser auch mit einem wildfremden Menschen formfrei eine Vereinbarung über den Verbleib seines ganzen Vermögens treffen, und zwar in der Weise, daß u. U. das dem Erblasser bis zu seinem Tode gehörige Vermögen gar nicht erst in den Nachlaß fällt und den formgemäß letztwillig Bedachten oder den gesetzlichen Erben sowie den Pflichtteilsberechtigten nicht nur der 20. Teil ihres Erbteils, sondern überhaupt alles entzogen wird.

zulegen. Der Fall werde daher garnicht selten vorkommen, daß in Krankheits- und Unglücksfällen schnell ein Testament angefertigt wird, nachher aber das Gericht das Testament wegen Formmangels für nichtig erklärt. Es müsse aber ohne weiteres dem Erblasser die Möglichkeit zugestanden werden, seinen letzten Willen so festzulegen, daß auch widerstrebende Erben ihn beachten müssen“ [24]).

Hiergegen läßt sich anführen, daß der Gesetzgeber an den Eintritt von Notfällen selbst schon gedacht hat. Er hat ihnen durch Zulassung bestimmter außerordentlicher Testamentsformen Rechnung getragen. Allerdings wird der Erblasser manchmal auch diese Formen nicht einhalten können. Doch hat diese Möglichkeit auch den nationalsozialistischen Gesetzgeber nicht zum Verzicht auf jegliche Förmlichkeit und die Anerkennung sonstiger, vielleicht ebenso zuverlässiger Beweismittel veranlassen können. Im Erbrechtsausschuß der Akademie für Deutsches Recht ist die Frage einer allgemeinn Auflockerung der Formvorschriften eingehend erörtert worden. Man trug jedoch einmütig dagegen Bedenken. Könne oder wolle der Erblasser nicht in der vorgeschriebenen Form testieren, so sei er dadurch nicht benachteiligt, weil ja dann die gesetzliche Erbfolge eintrete [25]).

Allerdings bezogen sich die Erörterungen des Ausschusses nur auf den Fall, daß den Erblasser nicht die Scheu vor der Form sondern allein sein körperlicher Zustand an der Testamentserrichtung hindert. Wenn aber sogar hier nur um der Form willen die Härte einer praktischen Testierunmöglichkeit in Kauf genommen wird, wäre es widersinnig, einen Weg zu formfreien letztwilligen Zuwendungen nur deshalb zu eröffnen, weil sie bequemer sind und es viele Erblasser gibt, die zu ungewandt sind, ein Testament zu errichten, oder abergläubische Hemmungen haben.

Ebenso wie den Verfassern des BGB lag es den Schöpfern des Gesetzes vom 31. 7. 1938 nicht nur fern, neben Testament und Erbvertrag noch gewisse Rechtsgeschäfte unter Lebenden als Mittel zur Durchsetzung des letzten Willens zuzulassen, sondern auch sie haben bewußt „dem Drang nach Auflockerung jeder Form eine wirksame Abwehr entgegensetzen“ wollen [26]).

Binder [27]) weist hierzu mit Recht darauf hin, daß aus dem familienrechtlichen Charakter nicht nur des Testamentes sondern

---

[24]) Termeer, S. 53/54; vgl. auch Melsheimer, S. 2/3.
[25]) Lange, Denkschrift, S. 91/92.
[26]) Lange, ZAkDR 1938, S. 580.
[27]) S. 250.

überhaupt des Erbrechtes sowohl die Notwendigkeit folgt, das Testament persönlich zu errichten als auch, „daß keine Veranlassung für den Gesetzgeber besteht, dem Erblasser den Testierakt so viel wie möglich zu erleichtern".

Ein schutzwürdiges Interesse an der Eröffnung von Möglichkeiten zur Vornahme letztwilliger Zuwendungen in der Form von Rechtsgeschäften unter Lebenden kann demgemäß nicht anerkannt werden.

Schon diese Feststellung allein würde zur Ablehnung genügen. Entscheidend kommt aber noch hinzu, daß andernfalls der Zweck bestimmter, vom Gesetzgeber aus wohlerwogenen Gründen aufgestellter Schranken hinsichtlich der Testierfähigkeit und der freien Willensbetätigung völlig illusorisch gemacht werden könnte. Auf folgende Umgehungsmöglichkeiten sei hierzu hingewiesen:

Nach § 1 TG kann der Erblasser ein Testament nur persönlich errichten. Zum Abschluß eines Rechtsgeschäftes unter Lebenden, also insbesondere eines Vertrages zugunsten Dritter, kann er sich dagegen auch eines Mittelsmannes, sei es eines Boten oder eines Stellvertreters bedienen.

Die Testierfähigkeit beginnt nach § 1 Abs. 2 TG mit der Vollendung des 16. Lebensjahres. § 106 BGB dagegen legt schon den Willenserklärungen eines Siebenjährigen, denen allerdings der gesetzliche Vertreter zugestimmt haben muß, rechtsverbindliche Kraft bei. Ein Minderjähriger, der noch nicht testieren darf, würde also trotzdem über seinen Nachlaß verfügen dürfen und zwar in der Weise, daß er einen Vertrag zugunsten Dritter abschließt. Dabei könnte er sich obendrein noch zur Abgabe der seinerseits erforderlichen rechtsgeschäftlichen Erklärungen eines anderen Gleichaltrigen als Boten bedienen.

§ 2 Abs. 1 TG läßt die Unfähigkeit, ein Testament zu errichten, schon mit der Stellung des Antrages eintreten, auf Grund dessen erst später die Entmündigung ausgesprochen wird. Der davon Betroffene wäre jedoch keineswegs gehindert, noch in der genannten formfreien Weise über sein Vermögen zu verfügen.

In allen diesen Fällen könnte außerdem der gesetzliche Vertreter schon aus eigener Machtvollkommenheit — also nicht nur ohne, sondern sogar gegen einen etwaigen ausdrücklich erklärten ablehnenden Willen des Vertretenen — letztwillige Zuwendungen auf Kosten des Vermögens der von ihm vertretenen Personen vornehmen.

4. Kapitel.

Zusammenfassung.

Das Ergebnis der durchgeführten Untersuchungen läßt sich in Kürze wie folgt zusammenfassen:

1. Eine Schenkung von Todes wegen ist nur dann im Sinne des § 2301 Abs. 2 BGB in der Form eines Rechtsgeschäftes unter Lebenden gültig vollzogen, wenn noch vor dem Tode des Schenkers eine endgültige Vermögensverschiebung stattgefunden hat. Es genügt nicht, daß der Schenker im Augenblick des Todes an seinen Schenkungsantrag lediglich gebunden war; der Beschenkte muß das Angebot auch noch bei Lebzeiten angenommen haben. Aber auch ein dinglicher Verfügungsakt stellt dann noch keinen gültigen Vollzug dar, wenn er unter der auflösenden oder aufschiebenden Bedingung des Vorversterbens des Beschenkten vorgenommen worden ist.

2. Schließt der Erblasser einen Vertrag zugunsten Dritter ab, so erwirbt in den Fällen des § 331 BGB der Dritte stets das Recht auf die Leistung. Dieser Vertrag allein kann niemals eine Umgehung der erbrechtlichen Verfügungsformen darstellen. Eine Verfügung von Todes wegen liegt lediglich im Valutaverhältnis vor, sofern der Dritte das Recht unentgeltlich und nur dann erwerben soll, wenn er den Versprechensempfänger überlebt. Insoweit bedarf es noch — unbeschadet der Gültigkeit des zwischen dem Versprechenden und dem Versprechensempfänger abgeschlossenen Vertrages — der Zuwendung des Rechtes seitens des Versprechensempfängers in einem Testament oder Erbvertrag. Andernfalls erwirbt der Dritte das Recht im Verhältnis zu den Erben ohne rechtlichen Grund, sodaß diese es wegen ungerechtfertigter Bereicherung nach Maßgabe der Vorschriften der §§ 812 ff. BGB herausverlangen können.

Dabei ist zu beachten, daß der weitaus größte Teil aller dem § 331 BGB unterfallenden Verträge garnicht zur Herbeiführung

letztwilliger Zuwendungen abgeschlossen wird. Vielfach liegt im Valutaverhältnis eine entgeltliche Verfügung vor, so bei den Lebensversicherungsverträgen zugunsten naher Angehöriger. In anderen Fällen handelt es sich um eine Schenkung unter Lebenden. Und manchmal beruht die Bezugsberechtigung des Dritten nur auf Dienst- oder Werkvertrag, so vor allem bei der Begünstigung einer Vertrauensperson des Erblassers zwecks Legitimation zur Verfügung über Nachlaßgegenstände alsbald nach Eintritt des Erbfalls.

3. Der Ausschluß letztwilliger Zuwendungen aus dem Gebiet der Rechtsgeschäfte unter Lebenden ist auch rechtspolitisch gerechtfertigt, da andernfalls der Zweck der erbrechtlichen Vorschriften über Testierformen und Testierfähigkeit vereitelt werden würde.

Verzeichnis der benutzten Schriften.

Berliner, „Die Lebensversicherung zugunsten Dritter". Leipziger Zeitschrift, Jahrgang 1909, Sp. 115, 198, 283, 366 ff.

Binder, „Das Recht des Testamentes". Deutsche Rechtswissenschaft, 3. Band, 3. Heft, Juli 1938, S. 246 ff.

Boehmer, „Der Übergang des Pflichtlebens des Erblassers auf den Erben". Die Reichsgerichtspraxis im Deutschen Rechtsleben. Bd. 3. Berlin und Leipzig 1929.

— „Eintritt des Erben in pflichtbelastete Rechtslagen des Erblassers". Juristische Wochenschrift 1938. S. 2634 ff.

— „Erbfolge und Erbenhaftung". Halle 1927.

— „Erbrecht". Einleitung zu v. Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 10. Auflage. München, Berlin und Leipzig 1938.

Bruck, Reichsgesetz über den Versicherungsvertrag. Berlin und Leipzig 1932.

Bruns, Besitzerwerb durch Interessenvertreter. Tübingen 1910.

Busch-Krieg, Konkursordnung, Vergleichsordnung und Anfechtungsgesetz. 16. Aufl. Berlin und Leipzig 1932.

Cosack, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. 1. Bd. 7. Auflage, Jena 1933.

Das Recht, Rundschau für den Deutschen Juristenstand.

Dernburg, Pandekten. 3. Band. 6. Auflage. Berlin 1901.

Dniestrzański, Die Aufträge zugunsten Dritter. 1. Band, Leipzig 1904.

Ebbecke, „Verfügungen von Todes wegen". Das Recht. Jahrgang 1916, Sp. 233 ff., 333 ff.

Eccius, „Zur Lehre von der Vollmacht nach Bürgerlichem Gesetzbuche". Gruchot Band 47, S. 209 ff.

Eckstein, „Anfechtung einer Schenkung durch Zahlung, Sicherung und Übernahme fremder Schulden und durch Verträge auf Leistung an Dritte, insbesondere durch Lebensversicherungsverträge innerhalb und außerhalb des Konkurses". Zeitschrift für Deutschen Zivilprozeß Band 41, S. 67 ff.

— „Zur Auslegung des § 331 BGB. Zugleich ein Beitrag zur Lehre von den Verträgen auf Leistung an Dritte, insbesondere der Lebensversicherungsverträge auf den Todesfall". Gruchot Band 55, S. 751 ff.

Ehrenberg, „Wichtige Probleme des Lebensversicherungsrechts". Iherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts. Band 46, S. 341 ff.

Endemann, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. I. Band, 8. Aufl. Berlin 1903. II. Bd. 2. Hälfte, 8. u. 9. Aufl. Berlin 1908. III. Bd. 1. Hälfte, 8. u. 9. Auflage. Berlin 1919.

Enneccerus, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. I. Bd.: Einleitung. Allgemeiner Teil. 13. Bearbeitung von Nipperdey. Marburg 1931. II. Bd.: Recht der Schuldverhältnisse. 12. Bearb. von Lehmann. Marburg 1932. III. Bd.: Das Sachenrecht. 8. Bearb. von Wolff. Marburg 1929. V. Bd.: Das Erbrecht. 8. Bearb. von Kipp. Marburg 1930.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.

Eule, Die über den Tod des Machtgebers erteilte Vollmacht. Dissertation. Halle 1933.
Ewald, „Der Rückerwerb des Nichtberechtigten". Jherings Jahrb. Bd. 76, S. 233 ff.
Förster-Eccius, Preußisches Privatrecht. 6. Aufl. IV. Bd. Berlin 1893.
Fricke, Das Verhältnis der Verträge nach § 331 BGB. zu den Verfügungen von Todes wegen unter besonderer Berücksichtigung des Lebensversicherungsvertrages und des Depotvertrags zugunsten Dritter. Leipzig 1934.
Gareis, Die Verträge zugunsten Dritter. Würzburg 1873.
Gieben, Der Vertrag zugunsten Dritter in seiner Anwendung auf das mandatum post mortem als neues Mittel zur Verwirklichung des letzten Willens. Dissertation Freiburg i. B. 1906.
Haymann, „Zur Grenzziehung zwischen Schenkung und entgeltlichem Geschäft". Jherings Jahrb. Bd. 56, S. 86 ff.
Hartmann-Meikel, Gesetz betreffend die Anfechtung von Rechtshandlungen eines Schuldners außerhalb des Konkursverfahrens. 6. Aufl. Berlin 1913.
Heck, „Die Lebensversicherung zu Gunsten Dritter, eine Schenkung auf den Todesfall". ArchBürgR 4, S. 17 ff.
— Grundriß des Schuldrechts. Tübingen 1929.
Heinsheimer, Die Zivilgesetze der Gegenwart. Band I, Code civil. Mannheim-Berlin-Leipzig 1932.
Heldrich, „Geltung der Vollmacht nach dem Tode des Vollmachtgebers". Jherings Jahrb. Bd. 79, S. 342 ff.
Hellmann, Lehrbuch des Deutschen Konkursrechts. Berlin 1907.
Hellwig, Die Verträge auf Leistung an Dritte. Leipzig 1899.
Henle, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, II. Bd. Schuldrecht. Rostock 1934.
Jahrbuch für Entscheidungen des Kammergerichts (KGJ).
Jaeger, Die Gläubigeranfechtung außerhalb des Konkursverfahrens. 2. Auflage. Berlin 1938.
— Kommentar zur Konkursordnung. 6. u. 7. Aufl. Berlin und Leipzig 1931.
— Lehrbuch des Deutschen Konkursrechts. 8. Aufl. Berlin und Leipzig 1932.
Josef, „Die Anfechtung der Zuwendung bei der Lebensversicherung durch den Konkursverwalter". Jherings Jahrb. Bd. 66, S. 36 ff.
— „Erörterungen zu den Abfindungen bei bäuerlichen Gutsüberlassungsverträgen". Gruchot Bd. 47, S. 481 ff.
Juristische Wochenschrift.
Kipp, „Wer kann nach Deutschem bürgerlichem Recht mit Vermächtnissen bedacht werden," Festschrift für Luitpold. II. Teil, S. 107 ff. Erlangen 1901.
Kirschbaum, Der Vertrag zugunsten Dritter von Todes wegen. Dissertation. Heidelberg 1906.
Klang, Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch. 2. Bd. 2. Halbband. Wien 1934.
Klingmüller, Die Lehre von den natürlichen Verbindlichkeiten. Berlin 1905.
Kluckhohn, Die Verfügungen zugunsten Dritter. München 1914.
Koch Allgemeines Landrecht. 2. Band, 8. Aufl. Bln. u. Leipzig 1886.
Kohlbach, Rechtsgeschäfte unter Lebenden zur Erreichung letztwilliger Zuwendungen. Dissertation. Jena 1938.
Kreß, Lehrbuch des allgemeinen Schuldrechts. München 1929.

Kühlmorgen, Die Lebensversicherungsverträge zugunsten Dritter. Leipzig 1927.
Kritische Vierteljahrsschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft. Jahrgang 1905.
Kuhlenbeck, Das Bürgerliche Gesetzbuch für das Deutsche Reich. 2. Aufl. Berlin 1903/04.
Laband, „Die Stellvertretung bei dem Abschluß von Rechtsgeschäften nach dem allgem. Deutsch. Handelsgesetzbuch". Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht Bd. 10, S. 183 ff.
Lange, Das Recht des Testamentes. 1. Denkschrift des Erbrechtsausschusses der Akademie für Deutsches Recht. Tübingen 1937.
— „Das Gesetz über die Errichtung von Testamenten und Erbverträgen". Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht. Jahrgang 1938, S. 577 ff.
Lehmann, „Wann untersteht ein Vertrag zugunsten Dritter den Vorschriften über die Schenkung auf den Todesfall?" ArchBürgR Bd. 36, S. 81 ff.
Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht.
Leonhard, „Vertretung und Fremdwirkung". Jherings Jahrb. 86, S. 1 ff.
— Vertretung beim Fahrniserwerb. Leipzig 1899.
— Allgemeines Schuldrecht des BGB. 1. Bd. München und Leipzig 1929.
— Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuche. Erbrecht, 2. Auflage. Berlin 1912.
Liebisch, Das Wesen der unentgeltlichen Zuwendungen unter Lebenden. Leipzig 1927.
Mentzel, Kommentar zur Reichskonkursordnung. 5. Aufl. Berlin 1937.
Meyer, Das Erbrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich. 1.—7. Lieferung. Marburg 1921.
Meyn, „Gegenstand der Gläubigeranfechtung bei einer zu Gunsten eines bestimmten Dritten (Frau, Kinder usw.) auf den Todesfall genommenen Lebensversicherung". Recht 1906, S. 232 ff.
Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich. Amtliche Ausgabe. Berlin und Leipzig 1888.
Natter, „Lebensversicherungen zugunsten Dritter und der Pflichtteilsanspruch". Zentralblatt für freiwillige Gerichtsbarkeit und Notariat. Jahrgang 1908, S. 303 ff.
Oertmann, Die Rechtsbedingung (condicio iuris). Leipzig und Erlangen 1924.
— Entgeltliche Geschäfte. München 1912.
— „Die über den Tod hinaus erteilte Vollmacht im Bankverkehr". Bank-Archiv Bd. 13, S. 5 ff.
— Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch und seinen Nebengesetzen. Allgemeiner Teil. 3. Aufl. Berlin 1927. Recht der Schuldverhältnisse. 5. Aufl. Berlin 1928/29.
— „Mittelbare Zuwendungen". ArchZivPr. Bd. 138, S. 56 ff.
Ortloff, „Die Schenkung". ArchBürgR Bd. 21, S. 267 ff.
Pahl, „Ausstattung und Reichsfinanzhof". DJZ 1922, S. 343 ff.
Pauli, Verträge zugunsten Dritter von Todes wegen. Dissertation. Erlangen.
Planck, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 4. Aufl. Berlin und Leipzig 1913—1930.
Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Im Auftrage des Reichs-Justizamtes bearbeitet von Achilles, Gebhard, Spahn. Berlin 1899.

Reichsgerichtsräte. Das Bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts. 8. Aufl. Berlin u. Leipzig 1934—1935.
Rümelin, „Zur Lehre von den Schuldversprechen und Schuldanerkenntnissen des BGB". Archiv für die Zivilistische Praxis. Bd. 97, S. 211 ff.
Savigny, System des heutigen Römischen Rechts. 4. Band. Berlin 1841.
Schmidt Rudolf, „Die rechtliche Wirkung der Befolgung sittlicher Pflichten". Die Reichsgerichtspraxis im Deutschen Rechtsleben. Bd. II, S. 25 ff.
Seuffert's Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte.
Siber, „Die Frage der Verfügungsgeschäfte zu fremdem Recht". Festgabe der Leipziger Juristenfakultät für Sohm. München und Leipzig 1915.
— Der Rechtszwang im Schuldverhältnis. Leipzig 1903.
— Naturalis obligatio. Leipziger Gedenkschrift für Mitteis. Leipzig 1925.
Siebert, „Schenkung". Rechtsvergleichendes Handwörterbuch Bd. VI, S. 144 ff.
Soergel, Bürgerliches Gesetzbuch. 6. Aufl. Stuttg.-Leipzig-Berlin 1937.
Spielmans, „Zum mandatum post mortem". Das Recht, 1924, S. 401 ff.
Stammler, Das Recht der Schuldverhältnisse in seinen allgemeinen Lehren. Berlin 1897.
Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. I. Bd. Allgemeiner Teil, 10. Aufl. München, Berlin und Leipzig 1936. II. Bd. Recht der Schuldverhältnisse, 1. Teil, 9. Aufl. 1930, 2. Teil, 10. Aufl. 1937, IV. Bd. Familienrecht 9. Aufl. 1926, V. Bd. Erbrecht 9. Aufl. 1928, 1. Lieferung zur 10. Aufl. 1938.
Stobbe, Handbuch des Deutschen Privatrechts. 3. Bd. Berlin 1878.
Strohal, Das Deutsche Erbrecht auf Grundlage des Bürgerlichen Gesetzbuchs. I. Bd. 3. Aufl. Berlin 1903.
— „Der Sachbesitz nach dem BGB". Jherings Jahrb. Bd. 38, S. 1 ff.
Termeer, Die Verträge zu Gunsten Dritter von Todeswegen. Dissertation. Erlangen 1907.
Vangerow, Lehrbuch der Pandekten. 3. Bd. 7. Aufl. Marburg und Leipzig 1876.
Verseck, Vertragsschluß über den Tod der erklärenden Vertragspartei hinaus. Dissertation. Halle-Wittenberg 1936.
Von Gierke, Der Lebensversicherungsvertrag zugunsten Dritter nach deutschem und ausländischem Recht. Stuttgart 1936.
Von Thur, Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts. I. Bd. Leipzig 1910, II. Bd. 1. Hälfte München und Leipzig 1914.
Voß, Die Unanfechtbarkeit sittlich gebotener Erfüllungsleistungen. LZ 1908, S. 213 ff.
Walz, Zur Bekämpfung der Gesetzesumgehung. Dissertation. Köln 1938.
Warneyer, Die Rechtsprechung des Reichsgerichts auf dem Gebiete des Zivilrechts.
— Jahrbuch der Entscheidungen.
— Anfechtungsgesetz. Kommentar. 3. Aufl. Berlin 1933.
— Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich. 2. Aufl. Tübingen 1930.
Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts. II. Bd. 9. Aufl. Frankfurt 1906.
Zeitschrift für das Gesamte Handelsrecht.
Zeitschrift des Deutschen Notarvereins.

Lebenslauf.

In Naumburg (Saale) wurde ich, Georg D o r o w , am 24. 1. 1913 als Sohn des Postamtmanns Arnold Dorow geboren. Dort besuchte ich auch das Städtische Reform-Realgymnasium bis zur Reifeprüfung im Jahre 1931. Von 1931 bis 1934 widmete ich mich dem rechtswissenschaftlichen Studium, und zwar in Halle (Saale) und Freiburg i. B. Am 1. 12. 1934 bestand ich in Naumburg die 1. jur. Prüfung und am 15. 7. 1938 in Berlin die große Staatsprüfung. Im Oktober 1938 wurde ich vom Reichsjustizminister in den Probedienst übernommen und dem Oberlandesgerichtsbezirk Naumburg überwiesen. Zurzeit bin ich beim Landgericht in Dessau als Richter beschäftigt.